شرح المجلة

تأليف.

العلامة الكبير والفقيه المحقق الشهير المرحوم مفتي حمص الاسبق

محمد خالد الأتاسي

عني باتمام ما فات المؤلف نشره من المواد وبابرازه الى عالم المطبوعات ولده مفتي حمص الحالي

محمد طاهر الأتاسي

﴿ الجزء الرابع ﴾

(طبع على نفقة اولاد الفقيد في مطبعة حمص سنة ١٣٥٣ هـ الموافقة سنة ١٩٣٤ م)

بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب العاشر

«في انواع الشركة ويشتمل على مقدمة وثمانية ابواب»

المقدمة في بيان بعض اصطلاحات فقهية

المادة ١٠٤٥ – ﴿الشركة في الاصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به لكن تستعمل ايضا عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص فتقسم الشركة بناء على هذا الى قسمين الاول شركة الملك وتحصل بسبب من اسباب التملك كالاشتراء والاتهاب الثاني شركة العقد وتحصل بالايجاب والقبول بين الشركاء وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما المخصوص وسوى هذين القسمين شركة الاباحة وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالاخذ والاحراز للاشياء المباحة التي ليست في الاصل ملكاً لاحد كالماء﴾

الشركة بكسر فسكون في المشهور وفيه فتح الشين مع كسر الراء وسكونها كما في رد المحتار ٠ وقوله « في الاصل » يعني اللغة ٠ وقوله « هي اختصاص ما فوق

الواحد الخ » تعريف لمعناها اللغوي وهو اولى من قول بعضهم «هي لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز احدهما » لانه لا يشمل الاختلاط بلا فعل احد ، ومن قول آخرين «هي اختلاط النصيبين فصاعداً » لان الاختلاط صفة المال والشركة فعل الانسان فلا يصح تفسير احدهما بالآخر . وقوله « لكن تستعمل ايضاً عرفاً الخ » يعني فاطلاق الشركة على العقد مجاز علاقته السببية ، لان العقد سبب للاختصاص المذكور . وفي حاشية ابي السعود انه صار حقيقة عرفية . وقوله « فتقسم الشركة بناء على هذا » اي على معناها اللغوي . ولا يجوز ان تكون الاشارة الى معناها المجازي وهو العقد ، لئلا يلزم تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره ، لان شركة العقد مقابلة لشركة الملك لا قسيمة لها .

المادة ١٠٤٦ — ❋ القسمة عبارة عن التقسيم تعريفها وتفصيلها يأتي في بابها المخصوص ❋

لما كانت القسمة تستدعي سبق الشركة في المقسوم ، جعلت احكامها مبينة في المجلة في باب من ابواب كتاب الشركة على خلاف ما جرت كتب الفقهاء ، حيث ذكروا لبيان احكامها لفظ « كتاب » فقالوا « كتاب القسمة »

المادة ١٠٤٧ — ❋ الحايط عبارة عن الجدار والطبلة والچيت وهو ما يعمل من الاغصان جمعه حيطان ❋

اصله حوطان ، لان الحائط مأخوذ من الحوطان . صارت الواو ياء لانكسار ما قبلها (صحاح)

المادة ١٠٤٨ ❋ المارة كالعامة عبارة عن المارين والعابرين في الطريق العام ❋

المادة ١٠٤٩ — ﴿ القناة بفتح القاف مجرى الماء تحت الارض قسطلاً او سياقاً يجمع على قنوات ﴾

المادة ١٠٥٠ — ﴿ المسنّاة بميم مضمومة وسين مفتوحة ونون مشدّدة الحد والسد يبنى في وجه الماء وحافات فوهات الماء . جمعها مسنّيات ﴾

كذا ضبطها في ابي السعود عن المغرب

المادة ١٠٥١ — ﴿ الإحياء عبارة عن التعمير وجعل الاراضي صالحة للزراعة ﴾

هذا التفسير ليس للإحياء مطلقاً بل لإحياء الاراضي . واطلاق لفظ الاحياء على ما ذكر مجاز كما هو ظاهر .

المادة ١٠٥٢ — ﴿ التحجير وضع الاحجار وغيرها في اطراف الاراضي من واحد لاجل ان لا يضع آخر يده عليها ﴾

المادة ١٠٥٣ — ﴿ الإنفاق عبارة عن صرف المال وخرجه ﴾

المادة ١٠٥٤ - ﴿ النفقة الدراهم والزاد والذخيرة التي تصرف في الحوائج والتعيش ﴾

المادة ١٠٥٥ - ﴿ التقبل تعهد العمل والتزامه ﴾

المادة ١٠٥٦ - ﴿ المفاوضان عاقدا شركة المفاوضة ﴾

المادة ١٠٥٧ - ﴿ رأس المال عبارة عن السرماية ﴾

المادة ١٠٥٨ - ﴿ الربح عبارة عن الكسب ﴾

المادة ١٠٥٩ - ﴿ الابضاع اعطاء شخص آخر رأس مال على كون الربح تماماً عائداً له فرأس المال البضاعة والمعطي المبضع والآخذ المستبضع ﴾

الباب الاول

« في بيان شركة الملك ويشتمل على ثلاثة فصول »

❋الفصل الاول❋

(في تعريف شركة الملك وتقسيمها)

المادة ١٠٦٠ — ❋شركة الملك هو كون الشيء مشتركاً بين اثنين فاكثر اي مخصوصاً بهما بسبب من اسباب الملك كاشتراء واتهاب وقبول وصيّة وتوارث او بخلط اموالهم واختلاطها في صورة لاتقبل التمييز والتفريق كأن يشتري اثنان مثلاً مالاً او يهبهما واحدٌ او يوصي لهما ويقبلا او يرثاه فيصير ذلك مشتركاً بينهما ويكون كل منهما شريك الآخر في هذا المال . كذلك اذا خلط اثنان بعض ذخيرتهما ببعض او انخرقت عدولهما بوجه ما واختلطت ذخيرتا الاثنين فتصير هذه الذخيرة المخلوطة او المختلطة بين الاثنين مالا مشتركا❋

المراد بالملك في قوله شركة الملك الاختصاص كما في رد المحتار . وقوله هنا «اي مخصوصاً بهما» يشير الى ذلك . فدخل اشتراكهما في الحفظ المذكور في المادة (١٠٦٥) الآتية وان لم تجر في هذه جميع احكام الشركة

وقوله « بسبب من اسباب الملك » اي سواء كان اختيارياً او جبرياً ، كما يأتي التصريح به . وشمل ما لو كان السبب متعاقباً كما لو اشترى شيئاً ثم اشرك آخر

فيه كما في الدر ، ومسئلة الاشراك فيما اشتراه مذكورة في الدر متناً وشرحاً آخر كتاب الشركة ، وفيها تفصيل لا محل لذكره هنا ، فلتراجع – وشمل لفظ الشيء في قوله « كون الشيء مشتركاً الخ » الدين ، فإن الشركة في الدين من شركة الاملاك على ما سيأتي التصريح به في المادة (١٠٦٦) والمادة (١٠٦٨)

المادة ١٠٦١ = ﴿ لو كان لرجل دينار ولآخر من جنسه ديناران فاختلط دينار الرجل بهما بحيث لا يقبل التمييز ثم ضاع اثنان منهما وبقي واحد يكون الباقي بينهما مشتركاً مثالثة ثلثاه لصاحب الدينارين وثلثه لصاحب الدينار ﴾

روي عن عليّ بن الجعد قال : سمعت عليّ بن عاصم قال سئلت ابا حنيفة رحمه الله تعالى عن درهم لرجل ودرهمين لآخر اختلطت فضاع درهمان و بقي درهم من الثلاثة لا يعرف من ايها هو ، فقال الدرهم الباقي بينهما اثلاثاً . فلقيت بن شبرمة فسئلته عنها فقال : أسئلت عنها احداً ، قلت نعم ، سألت ابا حنيفة ، فقال انه قال لك الدرهم الباقي بينهما اثلاثاً ، قلت نعم ، قال اخطأ ابو حنيفة لأنا نقول درهم من الدرهمين الضايعين لصاحب الدرهمين بلا شك ، والدرهم الثاني من الضائعين يحتمل انه من الدرهمين ، ويحتمل انه الدرهم الواحد ، فالدرهم الباقي بينهما نصفان . فاستحسنت جوابه جداً وعدتُ الى ابي حنيفة وقلت له خولفتَ في المسئلة ، فقال القيت ابن شبرمة وقال لك كذا و كذا ، وذكر جوابه بعينه ، فقلت نعم ، فقال ان الثلاثة لما اختلطت صارت شركةً بينهما بحيث لا تميز فاصحاب الدرهمين ثلثا كل درهم ، ولصاحب الدرهم ثلث كل درهم ، فاي درهم ذهب ، ذهب بحصته ، فالدرهم الباقي بينهما اثلاثاً (كذا في الهندية في الباب الرابع عشر في المتفرقات من كتاب الغصب معزواً للجوهرة)

وتقييد الخلط بالدرهم والدينار تمثيلي ، فان كل ما يتعذر فيه التمييز بالخلط

كالحنطة بالحنطة والشعير بالشعير او يتعسر كالحنطة بالشعير ، كذلك ، كما في الدر وغيره .

المادة ١٠٦٢ - ❋ شركة الملك تنقسم الى قسمين اختياري وجبري ❋

المادة ١٠٦٣ - ❋ الشركة الاختيارية الاشتراك الحاصل بفعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورة الاشتراء والاتهاب وقبول الوصي وبخلط الاموال كما تحرر قبل ❋

انما تثبت الشركة بالخلط اذا كان برضى صاحبي المالين او فعلهما . فلو خلط احد مال غيره بلا اذنه بماله فيما لا يمكن التمييز بينهما بالقسمة ، كخلط دهن الجوز بدهن البذر ودقيق الحنطة بدقيق الشعير ، فالخالط ضامن ولا حق للمالك بالمخلوط بالاجماع . وان امكن التمييز بينهما بالقسمة ، كخلط الجنس بالجنس مثل الحنطة بالحنطة واللبن باللبن ، فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما المالك بالخيار : ان شاء ضمنه مثل حقه وان شاء شاركه في المخلوط واقتسماه على قدر حقهما . كذا في الهندية من الباب الخامس من كتاب الغصب ، وتمامه فيها .

المادة ١٠٦٤ - ❋ الشركة الجبرية الاشتراك الحاصل بغير فعل المتشاركين كالاشتراك الحاصل في صورتي التوارث واختلاط المالين ❋

المادة ١٠٦٥ - ❋ اشتراك الودعاء المتعددين في حفظ الوديعة

من قبيل الشركة الاختيارية . اما اذا هبت الريح والقت جبة احد في دار بين جماعة فشركة اصحاب الدار في حفظ هذه الجبة تصير من قبيل الشركة الجبرية ✳

قال الطحطاوي : هذا ليس من قبيل الشركة التي تجري فيها احكام هذا الباب . واجاب في رد المحتار بأن المقصود بيان اشتراك اصحاب الدار في الحفظ وثبوت الحق لهم لا لواحد فقط . ولا يلزم من ذكر مسئلة في باب جريان جميع احكام الباب فيها ، كالدين المشترك فانه لا تجري فيه جميع احكام العين اه

المادة ١٠٦٦ — ✳ شركة الملك تنقسم ايضاً الى قسمين شركة عين وشركة دين ✳

هذا مبني على القول بان الدين يملك . ولذا جازت هبته ممن هو عليه . وقيل لا ، لأنه وصف شرعي ولذا لم يجز تمليكه ممن ليس عليه . والحق انه يملك ولذا لو صالح احد الدائنين عن نصيبه على عين كثوب مثلاً ، ملكه مشتركاً بينه وبين شريكه الآخر . ولو دفع المديون لاحدهما فللآخر الرجوع بنصف ما اخذ . وذكروا ان من حيل اختصاصه بما اخذه ان يهبه المديون ما دفعه اليه ويهب رب الدين المديون حصته من الدين . وهناك حيل اخرى مذكورة في كتاب الصلح (افاده في الدر وحواشيه)

المادة ١٠٦٧ — ✳ شركة العين الاشتراك في المال المعين والموجود كاشتراك اثنين شائعاً في شاة او في قطيع غنم ✳

المادة ١٠٦٨ = ﴿ شركة الدين الاشتراك في مبلغ الدين كاشتراك اثنين في قدر كذا غرشاً في ذمة انسان ﴾

بان كان دينهما المشترك ناشئاً عن سبب واحد ، كما سيأتي بيانه في الفصل الثالث

﴿ الفصل الثاني ﴾

« في بيان كيفية التصرف في الاعيان المشتركة »

المادة ١٠٦٩ - ﴿ كيفما يتصرف صاحب الملك المستقل بملكه يتصرف ايضاً في الملك المشترك اصحابه بالاتفاق كذلك ﴾

التقييد باتفاق الشركاء لافادة انه ليس لاحدهم التصرف في المال المشترك بلا اذن الباقين ، لان شركة الملك لا تتضمن الوكالة فكان كل واحد منهم اجنبياً في حصة غيره ، على ما سيأتي بيانه في المادة (١٠٧٥) وما يليها

المادة ١٠٧٠ - ﴿ يسوغ لاصحاب الدار المشتركة ان يسكنوا فيها جميعاً لكن اذا ادخل احدهم اجنبياً الى تلك الدار فللآخر منعه ﴾

كذا افتى الخير الرملي في فتاواه قائلاً لا يجوز ، يعني ادخال الاجانب ،

لانه تصرف في ملك الغير بغير اذن الآخر ، وان كان مشتركاً وهو حرام اه وتبعه على ذلك في الحامدية . ثم نقل عن القنية ما نصه : دار بين اخوين واختين ولهما زوجتان وللاختين زوجان فللاخوة ان يمنعوا زوجي الاختين من الدخول فيها اذا لم يكونا محرمين لزوجاتهما اه

اقول: وهذا مشكل من وجهين ، الاول ان تعليل الخير الرملي بقوله « لانه تصرف في ملك الغير الخ » يفيد ان المراد بالاجنبي من ليس له شركة في الدار . وعليه فلا فرق في زوجي الاختين بين ان يكونا محرمين لزوجتي الاخوين ، او لا ، ففيه مخالفة لما يقتضيه كلام القنية كما ترى ، لما علمت ان مفاهيم الكتب حجة . والوجه الثاني ان تعليل الخير الرملي المذكور يقتضي ان للاختين ايضاً منع زوجتي الاخوين من الدخول لانه ايضاً تصرف في ملك الغير بغير اذنه . وما يقتضيه كلام القنية من تخصيص المنع بزوجي الاختين ، فتحكم ، لان عدم المحرمية وصف مشترك بين زوجتي الاخوين وزوجي الاختين ، فاعتباره في الثاني دون الاول ترجيح بلا مرجح . ويمكن ان يقال ان الزوجة تابعة في السكنى لزوجها لوجوب سكناها عليه ، فالسكنى تضاف اليه لا اليها ، فالاخوان لهما اسكان زوجتيهما لان السكنى تضاف اليهما وهما شريكان في الدار ، والاختان ليس لهما اسكان زوجيهما لان السكنى تضاف الى الزوجين وهما اجنبيان لا شركة لهما في الدار ، فيمنعان من ذلك .

والظاهر ان مثل زوجتي الاخوين اولادهما الصغار ومن تجب نفقته عليهما ، وكالام والاخت . وبهذا ينحل الاشكال الثاني . لكن يبقى الاشكال الاول ، تأمل وراجع ، فاني لم ار هذه المسئلة موضحة في كتاب سوى ما تقدم عن الخيرية والقنية .

المادة ١٠٧١ - ✻ يجوز لاحد اصحاب الحصص التصرف مستقلا في الملك المشترك باذن الآخر لكن لا يجوز له ان يتصرف تصرفاً مضراً بالشريك ✻

المقصود من هذه المادة ، بيان ان الاذن المطلوب من احد الشريكين للآخر بالتصرف في الملك المشترك انما يبيح له التصرف فيه على وجه غير مضر بالشريك — حتى لو اذن له بتحميل الدابة مثلاً فحملها فوق طاقتها ، يضمن ، لان مطلق الأذن ينصرف الى المتعارف ، وليس من التعارف تحميلها فوق طاقتها . واما التصرف بلا اذن ، فستأتي احكامه مفصلة في المادة (١٠٧٥) وما يليها

المادة ١٠٧٢ - ✻ ليس لاحد الشريكين ان يجبر الآخر بقوله اشتر حصتي او بعني حصتك . غير ان المحل المشترك بينهما ان كان قابل القسمة والشريك ليس بغائب يقسم . وان كان غير قابل القسمة فلهما التهايؤ كما تأتي تفصيلاته في الباب الثاني ✻

ذكر في الحامدية عن فتاوى قارىء الهداية ، انه اذا باع الشركاء حصتهم من الثمرة الا واحداً منهم عناداً والمشتري لا يرضى الا بشراء الجميع ، وكذا اذا آجروا الا واحداً منهم ، لا يجبر الآبي ان يبيع مع الشركاء ، بل يبيعون حصتهم فقط ، اذ تجذ الثمرة وتقسم . وكذلك في الدار الموقوفة لا يجبر على الأجارة بل يؤجر شركاؤه حصصهم ، والمستأجرون يهايئون الممتنع في السكنى بقدر انصبائهم اه :

وفي الحامدية سئل في دار مشتركة بين زيد وعمرو غير قابلة للقسمة سكنها زيد وحده ولا يرضى بالسكنى معه وقال اما ان تؤجرني حصتك او تستأجر مني حصتي او يسكنها كل منا بمفرده بحسب حصته مدة ، فهل له ذلك ؟ — الجواب : نعم ، ويأمر القاضي زيداً باختيار وجه من الاوجه الثلاثة ، او يخرج منها زيد وتؤجر لاجنبي ويقتسمان الأجرة بحسب حصصهما والحالة هذه . وافتى بذلك المرحوم الجد عبد الرحمن افندي العمادي اه

المادة ١٠٧٣ — ✵ الاموال المشتركة شركة الملك تقسم حاصلاتها بين اصحابها على قدر حصصهم · فاذا شرط احد الشريكين في الحيوان المشترك شيئاً زائداً على حصته من لبن ذلك الحيوان او نتاجه لا يصح ✵

حتى ان آخذ تلك الزيادة المشروطة ، يضمنها لشريكه الآخر · ففي تنقيح الحامدية ما نصه : سئل فيما اذا كان لكل من زيد وعمرو عقار جار في ملكه بمفرده فتوافقا على ان ما يحصل من ريع العقار يكون بينهما نصفين واستمرا على ذلك تسع سنوات والحال ان ريع عقار زيد اكثر ويريد زيد مطالبة عمرو بالقدر الزائد الذي دفعه لعمرو بناء على انه واجب عليه بسبب الشركة المذكورة ، فهل يسوغ لزيد ذلك ؟ — الجواب : الشركة المذكورة غير معتبرة ، فحيث كان ريع عقار زيد اكثر تبين ان ما دفعه لعمرو من ذلك بناء على ظن انه واجب عليه ، ومن دفع شيئاً ليس بواجب عليه فله استرداده ، الا اذا دفعه على وجه الهبة واستهلكه القابض ، كما في شرح النظم الوهباني وغيره من المعتبرات اه

المادة ١٠٧٤ — ✵ الاولاد في الملكية تتبع الام · مثلاً اذا كان لواحد حصان فعلا على فرس انثى لآخر فالفلو الحاصل لصاحب الفرس الانثى · كذلك اذا كان لواحد حمام ذكر ولآخر انثى فالفراخ الحاصلة منها لصاحب الانثى ✵

هذا ظاهر فيما اذا كان البيض ناتجاً من تلك الانثى · اما لو لم يكن كذلك

كبيض الدجاج فانه يأتي به صاحب الدجاجة من الخارج وتقعد عليه الانثى مدة فيحصل منه الفراخ ، فهل تكون تلك الفراخ لمالك ذلك البيض لانه نتج من ملكه ، او لمالك الدجاجة وعليه ضمان البيض لمالكه حيث افسده ؟ — لم اره ، فليراجع .

وفي الباب السادس من كتاب الشركة في الهندية : اعطي بذر الفيلق رجلاً ليقوم عليه ويعلفه بالاوراق على ان ما حصل فهو بينهما ، فقام عليه ذلك الرجل حتي ادرك ، فالفيلق لصاحب البذر وللرجل الذي قام عليه قيمة الاوراق ، واجر مثله على صاحب البذر . ولو كان من احدهما البذر والاوراق ، ومن الآخر العمل ، فالفيلق لصاحب البذر وللعامل اجر مثل عمله . وكذلك لو كان العمل منهما . وانما يجوز لو كان البيض منهما والعمل عليهما ، وان لم يعمل صاحب الاوراق ، لا يضره . وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين . فما حدث فهو لصاحب البقرة ولذلك الرجل مثل العلف الذي علفها ، واجر مثله فيما قام عليها . وعلى هذا اذا دفع دجاجة الى رجل بالعلف ليكون البيض بينهما نصفين . والحيلة في ذلك ان يبيع نصف البقرة من ذلك الرجل ونصف بذر الفيلق بثمن معلوم حتي تصير البقرة واجناسها مشتركة بينهما فيكون الحادث منها على الشركة . اه

المادة ١٠٧٥ — ❋ كل واحد من الشركاء في شركة الملك اجنبي في حصة الآخر ليس واحد وكيلاً عن الآخر . فلا يجوز تصرف احدهما في حصة الآخر بدون اذنه لكن كل واحد من اصحاب الدار المشتركة يعتبر صاحب ملك مخصوص على وجه الكمال في السكنى وفي الاحوال التابعة لها كالدخول والخروج ❋

قال في الفصل (٣٥) من جامع الفصولين : والاصل ان الدار المشتركة

في حق السكنى وتوابعها تجعل كملك واحد لكل من الشريكين على الكمال ، اذ لو لم تجعل كذلك يمنع كل منهما من دخول وقعود ووضع امتعة ، فتتعطل عليهما منافع ملكهما ، وهو لم يجز اه ومن توابع السكنى الصعود الى سطحها . و كذا ربط الدابة والوضوء ووضع الخشب . ففي الباب التاسع والعشرين من كتاب الكراهية من الهندية : دار مشتركة بين قوم فلبعضهم ان يربط فيها دابة وان يتوضأ فيها ويضع فيها خشبه . ولو عطب به انسان لم يضمن . وليس له ان يحفر فيها بئراً او يبني فيها بناء بغير اذن شريكه . وان حفر او بنى ، ضمن النقصان ، ويؤمر برفع البناء اه قيد بالسكنى لانه ليس له اسكان غيره سواء كان الشريك حاضراً او غائباً لكن اذا كان غائباً لا يجوز له ذلك ديانة فقط . واما قضاء فلا يمنع منه ، اذ الانسان لا يمنع عن التصرف فيما بيده لو لم ينازعه احد . فلو آجر واخذ الاجر يرد على شريكه نصيبه لو قدر ، والا تصدق به لتمكن الخبث فيه بحق شريكه ، فكان كغاصب اجر يتصدق بالاجر او رده على المالك . واما نصيبه ، فيطيب له اذ لا خبث فيه (افاده في الفصل المذكور من جامع الفصولين)

ثم اعلم ان احد الشريكين في الدار انما يحل له السكنى في مقدار حصته فقط ، كما سيأتي في المادة (١٠٨١) وان كان قضاء لا يلزمه اجر لو سكن كلها باعتبار انه مالك لكل الدار ، كما افاده قوله : واما احد الشريكين اذا سكن مدة في الدار الخ

✻ مثلاً احد الشريكين في البرذون اذا اعاره او آجره بدون اذن الآخر وتلف في يد المستعير والمستأجر فلهذا الآخر ان يضمنه حصته . كذلك اذا ركب احدهما البرذون المشترك او حمله بلا اذن يكون ضامناً حصة الآخر . و كذا اذا استعمله مدة فصار مهزولا ونقصت قيمته يكون ضامناً نقصان قيمة حصته . اما احد الشريكين اذا سكن مدة في الدار بدون اذن الآخر فهو ساكن في ملك نفسه فبهذه الجهة لا يلزمه اعطاء اجرة لاجل حصة شريكه . ولا يلزمه

ايضاً ضمان لو احترقت هذه الدار بلا تعدٍ

اما عدم لزوم اعطاء اجرة عن حصة الشريك ، فلما تقرر من اعتبار كل واحد من شريكي الدار مالكاً لها على وجه الكمال — لكن هذا اذا لم تكن تلك الحصة وقفاً او مال يتيم ، والا وجب على الساكن اجرة مثلها . ففي الخيرية : سئل في دار معدة للاستغلال بين بالغ ويتيم وامرأة سكنها الشريك البالغ بلا استئجار حصة اليتيم سنة ، هل يلزمه اجرة مثل حصة اليتيم ؟ — اجاب : قد افتى كثير من المتأخرين بوجوب اجرة المثل في ذلك ، صيانة لمال اليتيم اه . وأنت تعلم ان مال اليتيم والوقف اخوان . وتقييد الخير الرملي بكون الدار معدة للاستغلال ، اتفاقي ، فان الاجرة واجبة وان لم تكن معدة له — ولعله انما ذكر هذا القيد لافادة ان اجرة حصة المرأة الشريكة لا تلزمه وان كانت معدّة للاستغلال ، لانه سكن بتأويل ملك . وقد تقدم التصريح بجميع ذلك في المادة (٥٩٦) وشرحها ، فلتراجع .

واما عدم لزوم الضمان لو احترقت بلا تعدٍّ ، فلما سيأتي في المادة (١٠٨٧) من ان حصة احد الشريكين في حكم الوديعة في يد الآخر . وقد تقدم في المادة (٧٧٧) ان الوديعة اذا هلكت بلا تعدٍ من المستودع وبدون صنعه ، لا يضمنها ، لما تقدم في المادة (٩٢) من ان الجواز الشرعي ينافي الضمان — نعم لو خربت الدار بسبب سكنى الشريك ، يضمنها ، لأن الخراب وقع بصنعه . ولذا قال في الدر : دارٌ بين اثنين سكن احدها وخربت ، ان خربت بالسكنى ، ضمن اه .

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في الحامدية عازياً لصرة الفتاوى عن المنح وفتاوي قارىء الهداية مانصه : لهما دابة فباع احدهما نصيبه وسلمها الى المشتري بغير اذن شريكه فهلكت عند المشتري ، فالشريك يخير بين ان يضمن شريكه او المشتري . فإن ضمن الشريك جاز بيعه ، فنصف الثمن له . وان ضمن المشتري ، رجع بنصف الثمن على بائعه ، والبائع لا يرجع بما ضمن على احدٍ ، كما هو حكم الغاصب اه

وقوله : فنصف الثمن له صوابه « فالثمن له » كما هي عبارة صرة الفتاوي . او

يقول « فثمن النصف له » وتوضيح هذه المسئلة كما يستفاد من جواب سؤال في الخيرية انه ان ضمّن الشريك ، فقد ملك الشريك حصته بالضمان مستنداً الى حين تسليم الدابة ، فتبين انه دفع الى المشتري ملك نفسه لا ملك غيره ، ونفذ بيعه النصف، حتى تم له ملك ما قبض من الثمن ، فليس له الرجوع على المشتري بشيء . وان ضمن المشتري ، فلا رجوع له بما ضمنه على بائعه ، لانه ايضاً متعدٍ بقبض مال غيره بلا اذنه، لانه عامل في القبض لنفسه لا لبائعه ، فصار حكمه كغاصب الغاصب فإنه لا رجوع له بما ضمنه على الغاصب — لكن لما كانت حصة الشريك شائعة ، فالضمان ملكها شائعة ايضاً ، فبطل البيع في نصف ما اشتراه — كما لو استحق نصف الدابة من يد مشتريها . واذا بطل البيع في النصف كان له الرجوع بنصف الثمن

واعلم ان مبنى الضمان كما في رد المحتار هو التسليم للمشتري بدون اذن الشريك، اذ البيع وحده لا يوجب الضمان لعدم تحقق الغصب به ، كما ذكروه في كتاب الغصب . هذا وقد ذكر في الفتاوى الحامدية ما نصه : سئل في فرس مشتركة بين زيد وعمرو نصفين وهي تحت يد زيد فدفعها البستاني لترعى في ارض البستان وفارقه بلا اذن شريكه ثم فقدت منه بلا تعدٍ من البستاني ولا تقصير في حفظها وتعذر احضارها، فهل يضمن زيد قيمة نصيب شريكه؟ - الجواب نعم . والسر في ذلك ان الشريك حكمه في حصة شريكه حكم المودع ، كما في الخيرية من الشركة ، فيكون البستاني مودع المودع . قال في التنوير من الوديعة : ولا يضمن مودع المودع ، فيضمن الأول فقط ان هلكت بعد مفارقته . وان قبلها ، لا ضمان — بخلاف مودع الغاصب فيضمن ايًا شاء . واذا ضمن المودع رجع على الغاصب اه

واستشكل هذا منقحها العلامة بن عابدين من وجهين . الاول ان ما تقدم عن صرة الفتاوى ينافي هذا ، لأن الشريك اذا باع نصفه وسلم الكل ، فقد اودع المشتري نصف الشريك الذي لم يبع . ومع ذلك ثبت له الخيار بالرجوع على ايهما شاء . والثاني ان يكون الشريك مودعاً في حصة شريكه ينافيه ما اتفقوا عليه من ان كل واحد من شريكي الملك اجنبي في حصة الآخر .

اقول : وكل من الاشكالين ساقط . اما الاول فللفرق بين قبض مشتري النصف وبين قبض المودع ، فان الاول عامل لنفسه ، ولهذ لا يرجع بما

ضمن على بائعه . والثاني عامل في القبض لمودعه لأن منفعة حفظ الوديعة عائدة الى المودع ، بخلاف المشتري . واما الثاني ، فانه لا منافاة بين كون احد الشريكين اجنبيًا وبين كونه مودعًا . فان المودع ايضًا اجنبي من حيث انه ليس له استعمال الوديعة ولا ايداعها ، كما تقرر في بابها . فاغتنم هذا التقرير ، وادفع به شبهة التعارض بين عبارات الفقهاء النحارير .

المادة ١٠٧٦ - ❊ بزراعة احد الشركاء في الاراضي المشتركة لا صلاحية للآخر في طلب حصته من الحاصلات على عادة البلد مثل ثلث او ربع . ولكن اذا نقصت الارض بزراعته فله ان يضمن الشريك الزارع قيمة نقصان حصته ❊

اعلم ان الكلام على تصرف احد الشريكين بزراعة جميع الارض المشتركة من وجهين . الأول : هل يجوز له ذلك ام لا ؟ وسيأتي بيان حكم هذا في المادة (١٠٨٥) وشرحها . والثاني : ماذا يلزمه لشريكه الآخر لو فعل ، وهو المذكور في هذه المادة . وحاصل ما ذكروه انه يلزمه قيمة نقصان الارض اذا نقصت بالزرع ، ولا يلزمه شيء من اجرة المثل او حصة من الزرع وان كانت معدة للاستغلال او المزارعة ، لانه استعملها بتأويل ملك — الا اذا كانت مال وقف او يتيم ، فانه حينئذٍ يفتى بما هو انفع للوقف ولليتيم . فان كان ثمة عرف في انها تؤخذ مزارعة بالحصة وكان انفع ، اعتبر ، والا فيجب اجر المثل . وان كان تضمين نقصان الارض انفع منهما ، وجب ضمان النقصان فقط . وطريق معرفة النقصان ان ينظر بكم تؤجر قبل الزراعة وبكم تؤجر بعدها ، فمقدار التفاوت نقصان الارض ، وهذا هو الاقرب للصواب ، واعتمدت عليه المجلة في المادة (٨٨٦)

وهذا كله اذا حضر الشريك بعد ادراك الزرع . فلو حضر قبله واراد قلع الزرع من نصيبه ، يقاسمه الارض فيقلعه من نصيبه ويضمن الزارع نقصان الارض بالزرع . ولو اتفقا على ان يدفع الشريك للزارع نصف البذر ليكون الزرع

بينهما ، فقبل النبات لم يجز ذلك ، وبعده يجوز . وتقدم جميع ما ذكر موضحاً في المادة (٩٠٧) وشرحها ، فلتراجع .

المادة ١٠٧٧ = ﴿ احد الشريكين اذا آجر لآخر المال المشترك وقبض الأجرة يعطي الآخر حصته منها ﴾

يعني ديانة وان كانت الأجرة المسماة تجب قضاء للعاقد ، لان المنفعة قد تقومت بعقده فكانت له . لكن يملكها ملكاً خبيثاً فيجب عليه ان يرد الى شريكه قدر نصيبه منها لو قدر ، والا تصدق به لتمكن الخبث فيه بحق شريكه ، كما قدمناه قريباً في شرح الفقرة الاولى من المادة (١٠٧٥) عن جامع الفصولين . ونقل مثله في الفتاوى الحامدية عن نور العين . ثم افتى بعد ذلك بنحو ورقتين انه لو آجر احد الشريكين جانباً من الدار المشتركة ثم حضر شريكه ، فله ان يطالبه باجرة نصيبه من الجانب المأجور مستنداً لما نقله اولاً عن نور العين ، فدل على ان مراده بقوله « فله ان يطالبه الخ » اي ديانةً لا قضاء وحينئذٍ فلا مخالفة بين ما هنا وبين ما ذكره في الخانية وغيرها من انه لو آجر الغاصب المغصوب ، فالاجر المسمى له ولا شيء للمالك . و كذا حكم الفضولي لو اجر ملك غيره ، وذلك لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد ، فكانت الاجرة للعاقد اه ، لان هذا في القضاء فافهم . حتى لو كانت حصة الغائب مال يتيم او وقفٍ ، كان الأجر المسمى للعاقد ووجب عليه اجرة المثل لجهة الوقف او اليتيم ان كان الأجر المسمى مساوياً لاجر المثل او دونه . فلوا كثر ، يرد الزيادة أيضاً ، يعني ديانةً ، او لا تطيب له كما في الخانية ورد المحتار وغيرها . ثم رأيت في فتاوى الانقروي نافلاً عن القنية ما نصه (بم) : دار بين اثنين غاب احدهما وآجر الآخر واخذ الاجرة ، فللغائب ان يشاركه في الاجرة . قال رضي الله عنه : فهذا اشارة الى ان العاقد لم يملك الاجرة (ص) اشار الى انه يملكها ويتصدق بحصة شريكه للخبث ، كالغاصب اه و كتب في الهامش : قال (شمس) : او يعطي شريكه لان الخبث

لحقه ، (كذا في حاشية القنية اه) وهو يفيد ان في ملك العاقد كل الاجرة خلافاً ، فلعل المجلة قد مشت على القول بان العاقد لا يملكها ، وما افتى به في الحامدية ايضاً جار عليه ، فتأمل .

المادة ١٠٧٨ – ❋ يسوغ للحاضر ان ينتفع بقدر حصته من الملك المشترك في حال غيبة الشريك الآخر اذا وجد رضاه دلالة على الوجه الآتي بيانه ❋

حاصل ما ذكر في هذه المادة والمواد الثلاث التالية لها ، ان الحاضر من الشريكين ليس له ان ينتفع بحصته من الملك المشترك ، الا باذن الآخر ، لان انتفاعه بحصته لا يمكن الا مع انتفاعه بحصة الشريك ايضاً ، وهو غير متمكن من القسمة او المهايأة لغيبة الشريك . وقد تقرر انه اجنبي في حصة الشريك فيتوقف على اذنه صريحاً او دلالة ، فاما الاذن صريحاً ، فظاهر . واما الاذن دلالة ، فضابطه ان الاستعمال الذي لا يختلف باختلاف المستعمل كسكنى الدار وخدمة العبد وتحميل الدابة ، يكون مأذوناً فيه دلالة . وما يختلف باختلاف المستعمل كركوب الدابة ولبس الثوب لا يكون مأذوناً فيه . ولا تنس ما تقدم في المادة (١٠٧١) من ان تصرف احد الشريكين في الملك المشترك باذن الآخر صريحاً او دلالة انما يجوز اذا لم يكن مضراً . والا لم يجز ويضمن ، كما اذا حمل الدابة فوق الحمل المعتاد .

المادة ١٠٧٩ – ❋ انتفاع الحاضر بالملك المشترك بوجه لا يضر الغائب يعد رضى من الغائب ❋

المراد من قوله «لا يضر الغائب» ان لا يكون مما يختلف باختلاف المستعمل ،

فلا يرد ان هذه المادة تقتضي ان مثل الركوب ولبس الثوب اذا كان لا يغير يكون مأذونا فيه . يرشد الى ما قلنا ما سنذكره في شرح المادة الآتية عن جامع الفصولين .

المادة ١٠٨٠ ـ ﴿ حيث لا يوجد من الغائب رضى دلالة على الانتفاع بالملك المشترك المختلف باستعمال المستعمل فلا يجوز لبس الالبسة المشتركة في غياب احد الشريكين . وكذا لا يجوز ركوب البرذون المشترك في غيبة احد الشريكين . اما في الاشياء التي لا تختلف باختلاف المستعمل مثل تحميل وحرث فله استعماله بقدر حصته . كما لو غاب احد الشريكين في الخادم المشترك فللحاضر استخدامه في نوبته ﴾

قال في (٣٥) من جامع الفصولين : دار بينهما غير مقسومة ، غاب احدهما ، وسع الحاضران يسكن بقدر حصته ، فيسكن الدار كلها . وكذا خادم بينهما غاب احدهما ، فللحاضر ان يستخدمه بحصته . وفي الدابة لا يركبها الحاضر لتفاوت الناس في الركوب ، لا السكنى والاستخدام ، فيتضرر الغائب بركوبها لا بهما اه قال في رد المحتار : وافاد في شرح الوهبانية ان المنع في الركوب خاصة ، لا في غيره ، كالحرث ونحوه اه

المادة ١٠٨١ ـ ﴿ السكنى في الدار لا تختلف باختلاف المستعمل بناء عليه اذا غاب احد الشريكين في الدار المشتركة مناصفة فسكن الآخر ستة اشهر وترك ستة اشهر فانه يجوز له الانتفاع على هذا الوجه .

لكن اذا كانت عياله كثيرة تصير من قبيل المختلف باختلاف المستعمل وفي ذلك لا يوجد رضى الغائب دلالة ※

في الخانية : للحاضر ان يسكن كل الدار بقدر حصته . وفي رواية : له ان يسكن منها قدر حصته . ولو خاف ان تخرب الدار له ان يسكن كلها اه

والفرق بين الروايتين ان الرواية المشهورة انه لو كان له نصف الدار مثلاً يسكنها كلها مدة بقدر حصته ، كنصف سنة ، ويتركها نصف سنة . وعلى الرواية الثانية يسكن نصفها فقط . وهذا اذا لم يخف خرابها بالترك ، فلو خاف يسكنها كلها دائماً . وفي الخادم يستخدمه الحاضر بحصته . ومقتضاه انه يستخدمه يوماً ويتركه يوماً بقدر حصة الغائب اه

وقوله في المادة السابقة « في نوبته » يقتضي ذلك ايضاً . ومثل استخدام الخادم الحرث على الدابة وتحميلها ، كما هو ظاهر .

وقوله في هذه المادة « وترك ستة اشهر الخ » اختيار للرواية المشهورة . ولا يخفى ان هذا بيان لما يجوز للحاضر ان يفعله ديانة ، بحيث لا يكون آثماً ، والا فانه لو سكنها كلها باعتبار انه مالك لكل الدار ، او في غير نوبته او استخدم العبد او حمل الدابة كذلك ، فلا يلزمه اجر ، كما تقدم في شرح الفقرة الاولى من المادة (١٠٧٥) ولكن لو تهدمت او هلك العبد او الدابة بآفة سماوية يكون ضامناً لحصة الشريك ، لانه غاصب في حصة شريكه ، كما لو ركب الدابة او لبس الثوب فهلك في تعدٍ — بخلاف ما اذا تهدمت الدار وهو ساكن في حصته او نوبته ، فانه لا يضمن ، لانه حينئذٍ مودع في حصة شريكه ، حيث كان مأذوناً دلالة . نعم لو كان الهلاك بسبب السكنى او الاستخدام او التحميل ، يضمنها مطلقاً ، لان الهلاك حصل بصنعه ، فيضمن كيفما كان ، كما قدمناه في شرح الفقرة الثانية من المادة (١٠٧٥)

وقوله « لكن اذا كانت عياله كثيرة الخ » هذا ماذكره في رد المحتار بحثاً ،

حيث قال بعد نقل عبارة الفصولين : وهذا ظاهر اذا كان يسكن وحده ٠ اما لو كان له اولاد وعيال كثيرون ، لا شك ان السكنى تتفاوت اكثر من الركوب ، وكذا الاستخدام يتفاوت بكثرة الاستعمال والاشغال ، فليتأمل اه وفيه نظر : فان كون السكنى تختلف عند كثرة السكان ، غير ظاهر ٠ وكذا الاستخدام ، مع ان الخادم من اهل الاختيار ٠ على ان البحث لا يجوز ان يتخصص به نص المذهب ، فتأمل ٠

المادة ١٠٨٢ - ✻ لا يجوز للحاضر ان يسكن في حصة الغائب في الدار المشتركة اذا كانت الحصص مفرزة ومقسومة ٠ لكن اذا خيف خرابها من عدم السكنى فالحاكم يؤجر هذه الحصة المفرزة ويحفظ اجرتها للغائب ✻

كذا في الباب السادس من شركة الهندية ، معزياً لخزانة المفتين ٠ فلو سكن يكون غاصباً وعليه اجرة المثل لو كانت معدة للاستغلال ، اذ لم يبق له شبهة ملك ٠ واستظهر الشارح سليم باز ان المهايأة حكمها حكم القسمة ، اي انه لو تهايأ الشريكان بان يسكن احدهما هذا الجانب من الدار والآخر الجانب الآخر ، او ان يسكن كل منهما شهراً ، فليس للحاضر اذا غاب احدهما ان يسكن في نوبة الغائب او في حصته المخصصة بحكم المهايأة اه اقول : لا شبهة انه لا يجوز للحاضر ذلك ديانة ٠ لكن لو فعل هل يكون غاصباً فيضمنها لو هلكت ، وهل يلزمه اجرة المثل عن حصة شريكه الغائب ؟ الظاهر لا ، لما صرحوا به من ان المهايأة قسمة المنافع مع بقاء العين مشتركة ، تامل ٠

المادة ١٠٨٣ - ✻ المهايأة انما تعتبر وتجري بعد الخصومة ٠ فاذا سكن احد الشريكين في جميع الدار المشتركة مدة مستقلاً

ولم يدفع أجرة حصة الآخر فلا يسوغ لشريكه ان يقول له اما أن تدفع لي اجرة حصتي عن المدة واما ان اسكن انا بقدر ما سكنت وانما له القسمة اذا كانت الدار قابلة للقسمة ان اراد او تعتبر المهايأة من بعد ذلك ان اراد . لكن اذا غاب احد الشريكين فسكن الحاضر في الدار المشتركة مدة كما مرّ بيانه آنفاً ثم حضر الغائب يجوز له ان يسكن فيها بقدر تلك المدة ❊

افاد قوله « لكن اذا غاب الخ » ان صدر المادة موضوع فيما اذا سكن والشريك الآخر حاضر . وما ذكر من التفرقة بين ما اذا كان حاضراً وبين ما اذا كان غائباً هو الموافق للخانية ، حيث ذكر ان الدار كالارض ، وان للغائب ان يسكن مثل ما سكن شريكه ، وان المشايخ استحسنوا ذلك وهكذا روي عن محمد وعليه الفتوى (افاده في رد المحتار) ومقابله ما نقله في الدر آخر الشركة عن المحبية حيث قال :

لو واحد من الشريكين سكن	في الدار مدة مضت من الزمن
فليس للآخر ان يطالبه	باجرة السكنى ولا المطالبه
بانه يسكن مثل الاول	لكنه ان كان في المستقبل
يطلب ان يهايئ الشريكا	يجاب فافهم ودع التشكيكا اه

قلت هذا يمكن حمله على ما اذا كان كل من الشريكين حاضراً اذ ليس فيه التصريح بان احدهما غائب . نعم نقل في رد المحتار عن القنية مثل ما في المحبية مصرحاً بان احدهما غائب ، فهو ماش على خلاف ما عليه الفتوى .

ولا يخفى ان جميع ما ذكر اذا لم يكن حصة الشريك الآخر وقفاً او مال يتيم ، والا وجب اجر المثل كيفما كان ، كما تقدم ، وهو ظاهر .

المادة ١٠٨٤ – ﴿ احد الشريكين الحاضر اذا آجر الدار المشتركة واخذ من اجرتها حصته وحفظ حصة الغائب جاز وحين حضور الغائب ياخذ حصته منه ﴾

ولو ضاعت في يده يضمنها للغايب ، كما تنبيء عنه المادة (١٠٨٦) الآتية ٠ وفي جامع الفصولين : ارض و كرم بين حاضر وغائب او بين بالغ ويتيم فالحاضر او البالغ يرفع الامر الى القاضي ٠ ولو لم يرفع ففي الارض يزرع بحصته ويطيب له ذلك ، ويقوم على الكرم فيبيع ثمره ويأخذ حصته ، وتوقف حصة الغائب ويسع له ذلك ٠ واذا قدم الغائب ضمنه القيمة او اجاز البيع ٠ وذكر في موضع آخر عند محمد رحمه الله تعالى : لو اخذ الشريك حصته من الثمر واكله ، جاز ، ويبيع نصيب الغائب ويحفظ ثمنه ٠ فلو حضر صاحبه ، تخير ، كما مر ٠ ولو لم يحضر فهو كلقطة » قال (ث) : هذا استحسان ، وبه نأخذ ٠ قال : ولو ادى الخراج كان متبرعا اه — اي لانه قضى دين الشريك بغير امره وهو متمكن من ان يرفع الامر الى القاضي ليامره بذلك (خانية)

المادة ١٠٨٥ — ﴿ يجوز لاحد الشريكين في الارض المشتركة ان يزرع كامل الارض عند غيبة الشريك الآخر اذا علم ان الزراعة تنفعها ولا توجب نقصانها وعند حضور الغائب يزرع تلك الارض بقدر تلك المدة التي زرعها الآخر ٠ واذا علم ان ترك زراعة الارض نافع لها ومؤدٍ الى قوتها ٠ وزراعتها توجب نقصانها فحينئذٍ لا يوجد اذن الغائب دلالة في زراعتها ٠ بناء عليه فالشريك الحاضر يزرع من تلك الاراضي مقدار حصته ٠ مثلاً اذا كانت مشتركة مناصفة يزرع

نصفها وفي السنة الآتية اذا اراد الزراعة كذلك يزرع هذا النصف . والا فلا يسوغ له ان يزرع في سنة هذا الطرف وفي السنة الثانية الطرف الآخر . فلو زرع كامل الاراضي فيكون للغائب عند حضوره ان يضمنه نقصان حصته من الارض . وهذه التفصيلات السابقة على تقدير عدم مراجعة الحاضر الحاكم في ذلك . اما عند مراجعة الحاكم فعلى كل حال لاجل عدم ضياع العشر او الخراج يأذن له الحاكم بزراعة كامل الارض . وعلى هذا التقدير لا يسوغ للغائب عند حضوره دعوى نقصان الارض ✻

كذا في البحر والهندية ورد المحتار وغيرها . وقوله « اما عند مراجعة الحاكم الخ » هذه المسئلة نقلها في تنقيح الحامدية عن القنية معزياً لواقعات الناطفي

المادة ١٠٨٦ ـ ✻ اذا غاب احد الشريكين في البستان المشترك يكون الآخر قائماً على ذلك البستان وعند ادراك الثمرة يأخذ حصته منها وله ايضاً بيع حصة الغائب وحفظ ثمنها . لكن يكون الغائب عند حضوره مخيراً ان شاء اجاز البيع واخذ الثمن المحفوظ وان شاء لم يجز وضمنه حصته ✻

تقدم نقله عن جامع الفصولين في شرح المادة (١٠٨٤) ومثله في الخانية ايضاً

المادة ١٠٨٧ ـ ✻ حصة احد الشريكين في حكم الوديعة في

يد الاخر . فاذا اودع احدهما المال المشترك بدون اذن فتلف يكون ضامنًا حصة شريكه راجع المادة (٧٩٠)

وليس له تضمين مودع الشريك الا اذا كان الهلاك بتعدٍ منه او تقصير ، فحينئذٍ يخير في تضمين ايهما شاء . فان ضمنها الشريك يرجع على المودع . وان ضمنها المودع فلا رجوع له على احد ، كما صرحت به تلك المادة . وكذا لو اعار او آجر او رهن فهلكت او انتقصت قيمتها كان ضامنًا حصة شريكه ، كما صرحت به المادة (٧٩٢) ولو منع احد الشريكين الدابة المشتركة من شريكه بعد الطلب يكون ضامنًا لو هلكت ، كما افتى به في الحامدية والخيرية ، الا اذا كان المنع لعذر كبعدها عنه حين الطلب ، والا اذا تركها الطالب وذهب راضيًا بعد المنع ، لانه انشاء ايداع كما هو حكم الوديعة على ما مرَّ في المادة (٧٩٤) وشرحها . ودفع المواشي المشتركة الى الاجير العام كالراعي بلا اذن الشريك الآخر ايداع ، فيكون ضامنًا ، بخلاف ما اذا دفعها الى اجيره الخاص ، كما في جامع الفصولين به افتى في الحامدية .

المادة ١٠٨٨ = ✻ احد الشريكين ان شاء باع حصته من شريكه وان شاء باعها من اجنبي بدون اذن شريكه . راجع المادة (٢١٥) لكن في صور خلط الاموال واختلاطها التي بيناها في الفصل الاول لا يسوغ لاحد الشريكين في الاموال المخلوطة او المختلطة ان يبيع حصته لآخر بدون اذن شريكه ✻

والفرق ان الشركة اذا كانت بينهما من الابتداء بأن اشتريا حنطة او ورثاها ، كانت كل حبة مشتركة بينهما ، فبيع كل منهما نصيبه شائعًا جائز من

الشريك والاجنبي ، بخلاف ما اذا كانت بالخلط والاختلاط ، كان كل حبة مملوكة بجميع اجزائها ليس للآخر فيها شركة . فاذا باع نصيبه من غير الشريك لا يقدر على تسليمه الا مخلوطاً بنصيب الشريك فيتوقف على اذنه ، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة على التسليم والتسلم اه (فتح وبحر) .

قلت ومثل الخلط والاختلاط بيع ما فيه ضرر على الشريك او البائع او المشتري ، كبيع الحصة من البناء او الغراس وبيع بيت معين من دار مشتركة اه وتقدم الكلام على جميع ذلك مستوفى في شرح المادة المذكورة اعلاه .

المادة ١٠٨٩ - ✻ بعض الورثة اذا بذر الحبوب المشتركة باذن الكبار او وصي الصغار في الاراضي الموروثة تصير جملة الحاصلات مشتركة بينهم ولكن لو بذر احدهم حبوب نفسه فالحاصلات له خاصة لكن يكون ضامناً لبقية الورثة حصة نقصان الارض بزراعته راجع المادة ٩٠٧ ✻

ذكر في رد المحتار آخر كتاب المزارعة نقلاً عن التتارخانية وغيرها : مات رجل وترك اولاداً كباراً وصغاراً وامراة ، والكبار منها او من امراة غيرها ، فحرث الكبار وزرعوا في ارض مشتركة او في ارض الغير كما هو المعتاد ، والاولاد كلهم في عيال المراة تتعاهدهم وهم يزرعون ويجمعون الغلات في بيت واحد وينفقون من ذلك جملة ، قال : صارت هذه واقعة الفتوى . واتفقت الاجوبة انهم ان زرعوا من بذر مشترك بينهم باذن الباقين لو كباراً او اذن الوصي لو صغاراً ، فالغلة مشتركة وان من بذر انفسهم او بذر مشترك بلا اذن ، فالغلة للزارعين اه

المادة ١٠٩٠ - ✻ اذا اخذ احد الورثة مبلغاً من الدراهم من

التركة قبل القسمة بدون اذن الآخرين وعمل فيه وخسر تكون الخسارة عايدة اليه . كما انه اذا ربح لا يسوغ لبقية الورثة طلب حصة منه ﴾

لانه اما غاصب او مستودع ، وكل منهما استربح فيما في يده لنفسه ، يكون ربحه له لا للمالك — لكن يملكه ملكاً خبيثاً سبيله التصدق به على الفقراء . وفي الحامدية عن الفتاوى الرحيمية : سئل عن مال مشترك بين ايتام وامهم استربحه الوصي للايتام هل تستحق الام ربح نصيبها اولا ؟ — اجاب : لا تستحق الام شيئاً مما استربحه الوصي بوجه شرعي لغيرها ، كاحد الشريكين اذا استربح من مال مشترك لنفسه فقط ، ويكون ربح نصيبها كسباً خبيثاً ، ومثله سبيله التصدق على الفقراء اه

اقول : ويظهر من هذا ومما قبله ، حكم ما لو كان المباشر للعمل والسعي بعض الورثة بلا وصاية او وكالة من الباقين اه ما في الحامدية . اقول : الظاهر ان الوصي لا يملك التصدق بما استربحه للايتام ، لان ذلك صار ملكاً لهم وان كان خبيثاً ، فلا يملك التبرع به . نعم اذا بلغ الايتام وعلموا بذلك ، يلزمهم التصدق به . وليحرر .

(الفصل الثالث)

« في بيان الديون المشتركة »

المادة ١٠٩١ - ﴿ اذا كان لاثنين او اكثر في ذمة واحد دين ناشيء من سبب واحد فهو دين مشترك شركة ملك بينهم واذا لم يكن سببه متحداً فليس بدين مشترك كما يظهر ويتضح في

المواد الآتية ☼

المراد ان الدين لا يكون مشتركاً بين الشريكين ما لم يكن سببه متحداً حقيقة وحكماً . فلو اختلف حقيقة وحكماً او حكماً فقط ، لا يكون مشتركاً. ومن الثاني ما سيأتي في المادة (١٠٩٥) من قوله «ولو ذكر حين البيع مقدار حصة كل واحد من الشريكين الخ » افاده في الهندية .

المادة ١٠٩٢ — ☼ كما ان اعيان المتوفي المتروكة مشتركة بين الورثة على حسب حصصهم كذلك يكون الدين الذي له في ذمة شخص مشتركاً بينهم على حسب حصصهم ☼

ومثل الدين الموروث الدين الموصى به لرجلين ، فأنه ايضاً مشترك بينهما ، كما في رد المحتار عن حاشية ابي السعود .

المادة ١٠٩٣ — ☼ من اتلف مالاً مشتركاً لاناس فمبلغ الضمان يكون مشتركاً بين اصحاب المال ☼

الظاهر ان المراد من الاتلاف ما يعم الاتلاف الحكمي ، كما اذا هلك المال المشترك في يد الغاصب مطلقاً ، او عند المودع او المستعير او المستأجر وقد تعدى او قصر او خالف اذن المالك . و كذا لو حفر بئراً في غير ملكه فتردى فيه حيوان مشترك بين اثنين حتى وجبت عليه قيمته ، فان مبلغ الضمان ايضاً دين مشترك بين مالكي المال ، وليراجع .

المادة ١٠٩٤ — ☼ اذا اقرض شخصان مبلغاً مشتركاً بينهما

لآخر صار الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بينهما · واما اذا اقرض اثنان الى آخر دراهم على طريق الانفراد كل على حدة فلا يكون الدين الذي في ذمة المستقرض مشتركاً بين الاثنين بل كل واحد داين على حدة ❋

وان كتبا على المستقرض صكاً واحداً بالقرضين ، لان كل قرض وجب بعقد على حدة

المادة ١٠٩٥ ـ ❋ اذا بيع مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك دين مشترك · ولو ذكر حين البيع مقدار حصة كل واحد من الشركاء او تعين نوعها كأن يقال مثلاً حصة احدهما كذا وحصة الآخر كذا دراهم او حصة احدهما كذا خالصة وحصة الآخر كذا مغشوشة مع تفريق الحصص وتمييزها صار كل واحد داينًا على حدة ولا يكون ثمن المبيع مشتركاً بين البائعين · كذلك لو باع احدهما حصة شايعة الى رجل وباع الآخر حصة الى هذا الرجل فكل واحد منهما داين ولا اشتراك في ثمن الجميع ❋

الاشتراك في ثمن المبيع لا يشترط فيه ان يكون المبيع مشتركاً ، بل هو اعم من ان يكون مشتركاً كما ذكر في هذه المادة ، او لا كما ذكر في المادة التالية لهذه ·

وانما لم يكن الثمن مشتركاً فيما اذا ذكر حصة كل واحد من الثمن او بعين نوعه ، لما ذكرنا في شرح المادة (١٠٩١) من ان الدين لا يكون مشتركاً ما لم يتحد سببه حقيقةً وحكماً . وفي هذه الصورة وان اتحد السبب حقيقةً لاتحاد الصفقة فيه ، لكنه مختلف حكماً لأن تفرق التسمية في حق البايعين كتفرق الصفقة ، بدليل ان للمشتري ان يقبل البيع في نصيب احدهما . ومثل تفرق التسمية تمييز نصيب احدهما عن الآخر وصفاً ، كما في المنح .

ثم ان اطلاق هذه المادة يقتضي ان الثمن لا يكون مشتركاً عند تفرق التسمية او تعينه وصفاً ، وان كانا متساويين فيه بان باعا بالف لكل خمساية . وهكذا اطلق الزيلعي فإنه قال في تصوير ما كان الدين فيه مشتركاً بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة او كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما اه

وعبارة الهندية عن الظهيرية : وعن خزانة المفتين : ولو سمّى كل واحد منهما لنصيبه ثمناً على حدة فقبض احدهما شيئاً من الثمن ، لم يكن للآخر ان يشاركه في المقبوض في ظاهر الرواية اه فاطلاق هذه النصوص يشمل ما اذا كانا متساويين فيما سمّاه كل واحد لحصته من الثمن ، كما ترى .

لكن ذكر في تكملة رد المحتار المسماة قرة عيون الأخيار ما نصه : وانما تتحد الصفقة اذا اتحد اللفظ وقدر الثمن ووصفه كأن قالا بعناك هذا العبد بألف لكلٍ خمساية ، فقبل ، كان صفقة واحدة . اما لو باع احدهما بخمساية ثم الآخر بخمساية ، او باعاه بألف على ان لأحدهما خمسمائة بيضاً وللآخر سوداً ، او لاحدهما ستماية وللآخر اربعماية ، فذلك كله صفقتان ، فلا يشارك احدهما الآخر فيما قبض ، كما يفهم من المنح اه .

اقول : ما في المنح منقول عن النهاية ، ومن تأمله حق التأمل فهم منه غير ذكره صاحب التكملة . وقد اوضح المراد منها محشي الزيلعي ، اعني الشلبي ، حيث قال ، عند قول الزيلعي في عبارته التي نقلناها عنه آنفاً « باعا الكل صفقة واحدة » ما نصه : قال الكاكي ، واظنه هو صاحب النهاية : ولا بد من قيد آخر ، وهو ان يزاد على هذا ويقال ، اذا كان صفقة بشرط ان يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة

واحدة ونصيب أحدهما اكثر ثم قبض احدهما شيئاً ، لم يكن للاخران يشاركه حتى يستوفي الزيادة . وكذلك لو كان نصيب احدهما دراهم نخبة ونصيب الآخر سوداً فقبض السود ، ليس للآخر ان يشاركه . (ذكره في المبسوط) اهـ — فأفاد ان مشاركة احدهما للآخر فيما قبضه عند اتحاد سبب الدين يعني الصفقة حقيقة وحكماً ، مقيدٌ بما اذا كان الشريكان في نفس الامر متساويين في ثمن المبيع قدراً وصفةً . حتى لو كانت حصة احدهما في نفس الامر اكثر من حصة الآخر فإن لصاحب الحصة الزائدة ان يختص بما قبضه الى ان يصيرا متساويين في قدر الدين . ومتى تساويا صارا شريكين فيه . وكذا لو كانت حصة احدهما من الثمن بيضاً والآخر سوداً كان للقابض ان يختص بما قبضه من نوع حصته . وبهذا تعلم سقوط قول صاحب التكملة « وانما تتحد الصفقة الخ » فان هذه العبارة بالفاظها لا وجود لها في المنح ولا في غيره . فتلخص من هذا كله انه متى سمّى احد الشريكين لحصته ثمناً او عين لها وصفاً ، لم يكن لاحدهما ان يشارك الآخر فيما قبضه ، لاختلاف سبب الدين ، وهو الصفقة ، حكماً وان اتحد حقيقةً . ومتى اتحد السبب ، وهو الصفقة ، حقيقةً وحكماً ، كان له ان يشارك ، الا اذا كانت حصة احدهما في نفس الأمر اكثر من حصة الآخر ، فإن المشاركة تمتنع الى ان يصيرا متساويين فيما بقي في ذمة المشتري ، والا اذا كان حصة احدهما في نفس الأمر معينة وصفاً ، فحينئذ لا مشاركة اصلاً ، كما لو عيناها حين عقد البيع . وهذا على ما نقله في المنح وحاشية الشلبي عن النهاية ، فتأمله . هذا ما ظهر لي ، فتدبره .

المادة ١٠٩٦ — ✱ اذا باع اثنان مالهما بصفقة واحدة الى رجل مثلاً لواحد حصان وللآخر فرس فباعاهما معاً بكذا غروشاً يكون المبلغ المذكور ديناً واحداً مشتركاً بين البايعين . وان سمّى كل واحد منهما ثمناً معلوماً صار كل واحد منهما دائناً على حدة لا يكون ثمن الحيوانين ديناً مشتركاً . كذلك لو باع اثنان مالهما لآخر كل على حدة

فاثمان المبيع لا يكون دينا مشتركا بل كل منهما داين مستقل ✲

لا فرق بين هذه المادة وما قبلها الا من حيث ان المبيع مشترك في تلك وغير مشترك في هذه . ولا تنس ان تعين حصة كل واحد منهما من الثمن وصفا كتفريق تسمية الثمن

✲ فرع ✲

في تكملة رد المحتار : سئل الشلبي عن دار مشتركة بين ثلاثة اوقاف كل وقف له حصة معلومة ومستحقون مختصون به ، فاذا قبض بعض النظار شيئا من الاجرة هل لباقي النظار ان يشاركه في المقبوض ، ام لا ؟ فاجاب بان لباقي النظار الشركة فيما قبضه احدهم ، حيث صدرت الاجارة منهم صفقة واحدة ، قياسا على ثمن المبيع صفقة واحدة اه وتعقبه العلامة الحموي بان جوابه انما يصح اذا كان ما آجره كل من النظار معينا غير مشاع . واقول : هذا انما يرد لو صدرت الاجارة في بعض الدار ، لما يلزم عليه حينئذ من اجارة المشاع لغير الشريك . ولا شيوع هنا لصدور الاجارة في كل الدار ، فتنبه اه ما في التكملة .

اقول : مراد الحموي ان جواب الشلبي مسلم اذا آجر النظار جميع العقار صفقة واحدة . امالو آجر كل واحد منهم حصة وقفه ، فلا وان كانت الاجارة غير صحيحة ، لعدم اتحاد السبب . تأمل .

المادة ١٠٩٧ – ✲ اذا ادى اثنان دين رجل بسبب كفالتهما فان اداه من مال مشترك بينهما فالمطلوب من المكفول دين مشترك ✲

المادة ١٠٩٨ – ✲ رجل امر اثنين بتأدية دينه كذا غروشا فاديا فان كان من مال مشترك بينهما فما يطلبانه من الآمر يكون

ديناً مشتركاً . وان كان ما اداه ليس بمشترك ولكن دفعا ذلك معاً فمجرد هذا الدفع لا يكون مطلوبهما منه ديناً مشتركاً ✻

المراد ان كل واحد منهما دفع نصف دين الآمر من ماله على حدة . اما لو خلطا المالين قبل الدفع بحيث لا يتميز احدهما عن الآخر ، ثم اداه ، فقد صار الدفع من مال مشترك بالخلط ، كما هو ظاهر .

هذا وقد ذكر في الهندية عازياً للمحيط ما نصه : ولو امر رجل رجلين ان يشتريا له جارية فاشترياها ونقدا الثمن من مال مشترك بينهما او من مال متفرق ، لم يشتركا فيما يقبضان من الآمر اه ثم ذكر مثل ما تقدم في المادة (١٠٩٧) عازياً لخزانة المفتين والظهيرية . ومثل ما في هذه المادة عن المحيط ، فلينظر الفرق بين المسئلتين .

المادة ١٠٩٩ - ✻ اذا كان الدين غير مشترك فكل واحد من الداينين يستوفي دينه من المديون على حدة وما يقبضه كل واحد يحسب من دين نفسه ليس للداين الآخر ان يأخذ منه حصة ✻

وللمديون في هذه الصورة ان يقدم من اراد من داينيه ويؤخر من اراد ، لانه حي قائم له ولاية على نفسه وامواله ، كما في الحامدية — الا اذا كان محجوراً عليه من الحاكم بطلب بقية الغرماء ، كما تقدم في المادة (٩٥٩) والمادة (٩٩٩)

المادة ١١٠٠ - ✻ اذا كان الدين مشتركاً فكل واحد من الداينين له طلب حصته من المديون . وفي غيبة احد الداينين عند مراجعة

الداين الآخر الحاكم وطلب حصته من المدبون يامر الحاكم ذلك المدبون باداء حصته ✵

في الفتاوى الانقروية : لاحد الشريكين او لاحد الورثة ان يطالب نصيبه من المديون من الدين المشترك بينهما بسبب واحد حال غيبة الباقين اه معزياً للقنية . وفي الهندية عن الصغرى : اذا كان لثلاثة دين مشترك على انسان فغاب اثنان منهم وحضر الثالث فطلب حصته ، يجبر المديون على الدفع اه ومعلوم ان الجبر يكون من طرف الحاكم .

المادة ١١٠١ = ✵ ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الآخر اخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض ان يختص به وحده ✵

اذ يلزم عليه قسمة الدين قبل القبض . وهذا غير جائز (مجمع الانهر) وانما يأخذ منه نصف ما قبض بعينه سواء كان اجود من الدين او اردأ . وان اراد القابض ان يعطيه من مال آخر ، لا يكون له ذلك ، الا ان يرضى . وكذلك لو اراد هو ان يأخذ من القابض مثلها ، ليس له ذلك الا برضى القابض (هندية)

وقوله : « للشريك الآخر اخذ حصته منه » يعني ان شاء ، لانه عين حقه من وجه ، فيرجعان على الغريم بالباقي . وان شاء رجع على الغريم لأن حقه عليه في الحقيقة . فلو رجع على الغريم ثم توى المال عليه بان مات مفلساً ، كان له ان يرجع بحصته على القابض ، كما سيأتي في المادة (١١٠٥) لأن التسليم للقابض مقيد بشرط سلامة الباقي له ، فاذا لم يسلم له ، رجع عليه كما في الحوالة — لكن ليس له ان يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة ، لان حقه فيها قد سقط بالتسليم ، فلا يعود حقه بالتوى ، ويعود الى ذمته في مثلها (زيلعي) واعلم ان المقبوض قبل المشاركة

باق على ملك القابض ، لان المقبوض عين الحق من وجه ، حتى كان للطالب ان يأخذ منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم . ولهذا الوجه كان للشريك اخذ حصته من المقبوض وغيره من وجه ، لان العين غير الدين حقيقة ، لان الدين وصف ثابت في الذمة وقد قبض العين بدلا عن حقه ، ولهذا الوجه يملكه القابض حتى ينفذ تصرفه فيه ، فيضمن لشريكه حصته (افاده في الدرر والزيلعي)

ولو اراد القابض ان يختص بما يقبضه ولا يرجع عليه شريكه ، فالحيلة فيه ان يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرىء الغريم عن دينه ، او يبيع الطالب من الغريم كفاً من زبيب او نحوه بقدر نصيبه من الدين ، ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب (افاده في البحر وغيره) .

المادة ١١٠٢ — ✱ اذا قبض احد الداينين من الدين المشترك حصته واستهلكها فلشريكه ان يضمنه حصته منها . مثلا مبلغ الف قرش دين مشترك بين اثنين مناصفة فقبض احدهما من المديون خمسماية واستهلكها فللداين الآخر ان يضمنه مايتين وخمسين وخمسماية تبقي بين الاثنين مشتركة ✱

ومن الاستهلاك ما لو وهب القابض ما قبضه من آخر او قضى به دينه واشترى به شيئاً فلشريكه ان يضمنه حصته منه وليس له ان يأخذ عينها من الموهوب له او البائع ، كما في الهندية ، لما قدمنا آنفاً من ان المقبوض قبل المشاركة يملكه القابض فينفذ تصرفه فيه . والتقييد بالاستهلاك سيأتي محترزه في المادة (١١٠٦)

المادة ١١٠٣ — ✱ احد الشريكين في الدين المشترك اذا اشترى بحصته متاعاً من المديون ولم يقبض منه شيئاً فلا يكون الدائن الآخر

شريكا في ذلك المتاع لكن له ان يضمنه حصته من ثمن ذلك المتاع . وان اتفقا على كون المتاع مشتركا بينهما كان كذلك ✻

وانما لم يكن له ان يشاركه فيما اشتراه كما كان له ان يشاركه فيما قبضه على ما تبين في المادة السابقة ، لان ما قبضه هناك عين حقه من وجه وبدله من وجه آخر ، كما قررناه هناك ، وما اشتراه هنا مبادلة من كل وجه ، فليس له ان يشاركه فيه . ولكن يضمنه حصته من الدين ان شاء ، لانه صار قابضاً لنصيبه بالمقاصة . وان شاء رجع على الغريم ، لان حقه عليه في الحقيقة (افاده الزيلعي)

المادة ١١٠٤ - ✻ اذا صالح احد الشريكين في الدين المشترك المديون عَلَى حقه منه على اثواب بز وقبضها فهو مخير ان شاء اعطى شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاثواب وان شاء اعطاه مقدار حصته من الحق الذي تركه ✻

حاصل هذه المادة وما قبلها ان احد الشريكين في الدين اذا اشترى بنصيبه سلعة ، ليس له الخيار بل يضمن له ربع الدين — بخلاف ما اذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلاً ، حيث يكون المصالح بالخيار : ان شاء دفع اليه نصف الثوب ، وان شاء دفع اليه ربع الدين .

وجه الفرق ان مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق ، وماصار اليه ، الا لضرورة داعية . فاذا الزمناه دفع ربع الدين يلزم الضرر ، لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين ، بخلاف الشراء ، لان مبناه على المماكسة دون التجوز ،

فلا يلزم الضرر في الزام دفع الربع .

ثم اذا اختار دفع نصف ما صالح عليه اثبتنا للشريك الخيار بين قبوله وبين رده والرجوع على الغريم بحصته من الدين ، فيسلم ما في ذمة الغريم له دفعاً للضرر عنهما بقدر الامكان اه (ملخصاً من الزيلعي وحاشية الشلبي عليه) .

ثم ان كون المصالح عليه ثوباً ، ليس قيداً وانما المراد منه ان لا يكون من جنس الدين . فلو صالح على ما هو من جنس الدين فإنه يشاركه فيه او يرجع على المدين ، وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين (مجمع الانهر) قال : ولا فرق بين ان يكون الصلح عن اقرار او سكوت او انكار اه

وقيد بكون المصالح عنه ديناً مشتركاً لأنه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح . وليس لشريكه ان يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه ، لان المصالح عنه مال حقيقة ، بخلاف الدين (زيلعي) فليحفظ ، فإنه كثير الوقوع .

وفي الخانية : رجلان ادعيا ارضاً او داراً في يد رجل وقالا هي لنا ورثناها من ابينا فجحد الذي هي في يده فصالحه احدهما عن حصته على ماية درهم فاراد الابن الآخر ان يشاركه في الماية ، لم يكن له ان يشاركه ، لان الصلح معاوضة في زعم المدعي فداء عن اليمين في زعم المدعي عليه ، فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك . وعن ابي يوسف في رواية : لشريكه ان يشاركه في الماية اه (كذا في رد المحتار)

اقول : تأمل في قوله « فلم يكن معاوضة من كل وجه » مع ما علل به الزيلعي من انه معاوضة من كل وجه . وافاد الشلبي انه معاوضة من كل وجه ان كان عن اقرار ، ومعاوضة في زعم المدعي ان كان عن انكار . ولا يخفى ان تعليل قاضي خان يقتضي انه لو كان معاوضة من كل وجه بأن كان الصلح عن اقرار كان لشريكه ان يشاركه في الماية ، وهو مخالف لما في الزيلعي ، فانه جعل كونه معاوضة من كل وجه علةً لعدم المشاركة . وما في الزيلعي هو الذي يقتضيه الفقه ، لان معنى كونه معاوضة ان المصالح باع حصته من المدعي عليه ، ولا شك ان احد شريكي الملك له بيع حصته من غير الشريك ، الا في صورة الخلط

والاختلاط كما تقدم ، فلا يشاركه الآخر في ثمنها . وما في الزيلعي هو المذكور في اكثر شروح الكنز والملتقى والهداية وغيرها ، فليتأمل وليحرر .

ثم رأيت في تكملة رد المحتار قد نقل عبارة والده السابقة لكن قال بدل قوله " فلم يكن معاوضة من كل وجه » « فهو معاوضة من وجه استيفاء من وجه » فاذا كانت عبارة الخانية كما نقل امكن تطبيقها على عبارة الزيلعي بأن يقال مراد الخانية انه لو كان الصلح استيفاء من كل وجه لكان للشريك ان يشاركه فيما قبض . لكن لما كان الصلح معاوضة من وجه واستيفاء من وجه ، وقع الشك ، فلا تثبت به المشاركة ، فيكون له حكم المعاوضة من كل وجه . غير اني راجعت الخانية فرأيت عبارتها آخر باب الصلح عن العقار كما نقلها في رد المحتار لا كما نقلها في التكملة ، فتأمل .

ثم رأيت في الهندية في الباب السادس من كتاب الشركة ، ناقلاً عن الظهيرية ، ما نصه : رجلان لهما في يدي رجل غلام او دار ، صالحه احدهما عنه على مائة ، قال ابو يوسف : ان كان الذي في يديه الغلام مقراً ، فانه لا يشاركه في المائة . وان كان جاحداً له ، يشاركه فيها . وقال محمد : هما سواء لا يشاركه فيها الا ان يكون الغلام مستهلكاً اهـ . فافاد ان عدم المشاركة اذا كان الصلح عن اقرار متفق عليه ، اي لانه معاوضة من كل وجه . وان كان عن انكار ، فيه خلاف ابي يوسف ، فصح ما قاله الزيلعي . وقد علمت مما في الخانية ان المعتمد قول محمد .

المادة ١١٠٥ — ✻ احد الدائنين اذا قبض كامل الدين المشترك او بعضه او اشترى بحصته منه مالاً او صالح المديون على مال بقدر حصته فالداين الآخر مخير في جميع الصور ان شاء اجاز معاملة شريكه واخذ حصته منه كما سبق آنفاً وان شاء لم يجز ويطلب حصته من المديون . وان هلك الدين عند المديون يرجع الداين على القابض .

وعدم اجازته قبل لا يكون مانعاً من الرجوع *

حاصل هذه المسائل ان الشريك الذي لم يقبض مخير في جميع الصور بين ان يجيز فعل الشريك وبين ان يتبع الغريم بحصته من الدين . ثم اذا اجاز فعل الشريك اخذ منه حصته مما قبض في صورة قبض الدين كله او بعضه او حصته مما صالح عليه في صورة الصلح او مقدار حصته من الحق الذي صالح عنه وتركه ، والخيار في هذا للمصالح . واما في صورة شراء الشريك سلعة بحصته ، يأخذ حصته من الدين لا غير ، الا اذا اتفقا على الاشتراك فيما اشتراه . وان لم يجز ما فعل الشريك واتبع الغريم بحصته من الدين ، فليس له الرجوع على شريكه القابض في شيء ، الا اذا هلك الدين على المديون بان مات مفلساً ، ولا يمنع حينئذ رده لما فعل الشريك من الرجوع عليه ، لما قدمناه من ان الرد مقيد بشرط سلامة حصته على المديون من التوى . وتعليل ما ذكرنا من الاحكام تقدم في شرح المواد (١١٠١) وما يليها .

المادة ١١٠٦ — * احد الداينين اذا قبض حصته من الدين المشترك من المديون وتلفت في يده بدون تعد منه لا يضمن حصة الشريك الآخر من هذا المقبوض . لكن يكون قد استوفى حصة نفسه والدين الباقي عند المديون يكون عائداً الى شريكه *

قد تقدم حكم ما لو استهلكها او تعدى عليها في المادة (١١٠٢) وعبارة الهندية : لو هلك ما قبض الشريك فلا ضمان عليه ويكون مستوفياً ، وما بقي على الغريم لشريكه . وكذلك لو وكل غيره بالقبض فقبض الوكيل فهلك في يد الموكل ، يهلك على الموكل . ولو كان قائماً ، لشريكه ان يشاركه اهـ .

والظاهر ان التقييد بكون الهلاك في يد الموكل اتفاقي ، وان الحكم كذلك

لو هلك في يد الوكيل ، وليحرر .

المادة ١١٠٧ - ✻ اذا استأجر احد الشركاء المديون المشترك فللآخر ان يضمن شريكه مقدار ما اصاب حصته من الاجرة ✻

لان الاجارة بيع المنافع، فصار بمنزلة ما اذا اشترى بنصيبه شيئاً ، فانه يرجع بربع الدين ، فكذا هذا .

واستئجار دار المديون ونحوها كاستئجار نفس المديون ، فلو استأجر احدهما من المديون داره سنة بحصته من الدين وسكنها ، يرجع عليه الشريك بنصف نصيبه . وعن محمد رحمه الله تعالى انه اذا اضاف العقد الى الدين بان استأجره بحصته من الدين ، لا يرجع الآخر عليه بشيء . وجعل هذا بمنزلة النكاح ، لان المنفعة ليست بمال مطلقاً . فاذا كان كذلك يكون بدل نصيبه المنفعة ، فلا يضمن باعتباره مالاً لشريكه . اما اذا استأجره بخمسماية مطلقاً، فيرجع عليه شريكه اجماعاً ، لحصول القبض بالمقاصة اه ملخصاً من الزيلعي وحاشيته . ومسئلة النكاح على نصيبه من الدين ستاتي في شرح المادة (١١١٠)

المادة ١١٠٨ - ✻ احد الشريكين الداينين اذا اخذ من المديون رهناً في مقابلة حصته وتلف الرهن في يده فلشريكه ان يضمنه مقدار ما اصاب حصته . مثلاً مقدار الدين المشترك مناصفة الف فأخذ احد الدائنين رهناً لاجل حصته التي هي خمسماية وهلك في يده فقد سقط نصف الدين فللداين الآخر ان يضمنه المايتين والخمسين العايدة لحصته ✻

هذا ظاهر اذا كانت قيمة الرهن مثل حصته من الدين او اكثر . اما لو كانت قيمته اقل من الدين ، فانما يرجع الشريك عليه بمقدار نصف قيمة الرهن ، لما تقرر من ان الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين . فلو كانت قيمة الرهن في هذه المسئلة ثلاثمائة يرجع عليه الشريك بمائة وخمسين ، لانهما هي التي استوفاها من الغريم عن ضمان الرهن ، ويبقى لهما في ذمة المديون سبعماية مشتركة بينهما . وهذا ظاهر وان لم اره صريحاً .

وعبارة الهندية : ولو ارتهن احدهما بحصته فهلك عنده فلشريكه ان يضمنه اه ومثله في التتارخانية . فلم يقيد الضمان بكونه لنصف حصته من الدين ، فتدبره .

المادة ١١٠٩ — ❊ اذا احد الداينين اخذ كفيلاً من المديون بحصته من الدين المشترك او احاله بها على آخر فللداين الآخر ان يشاركه في المبالغ الذي ياخذه من الكفيل او المحال عليه ❊

عبارة الهندية عن الذخيرة : ولو ان المطلوب اعطى احد الشريكين كفيلاً بحصته او احاله بذلك على رجل فما اقتضاه هذا الشريك من الكفيل او الحويل فللآخر ان يشاركه فيه اه

وظاهر تقييد هذه المادة بكون احد الدائنين اخذ الكفيل من المديون ، وكذا تقييد ما في الهندية بأن المطلوب اعطى الكفيل لاحدهما ، انه لو كفل رجل لاحد الدائنين حصته من الدين المشترك بلا امر المديون ، فليس للشريك ان يشاركه فيما قبضه منه ، وكذا لو دفع فضولي له حصته من الدين بلا امر المديون . وله وجه لان القابض لم يستوف ممن عليه الدين المشترك حتى يشاركه الآخر فيما قبض — بخلاف ما اذا كان ذلك بامره ، فانه بسبب رجوع المامور عليه يكون ذلك استيفاء منه مالاً ، وليحرر بالنقل .

المادة ١١١٠ – ✻ اذا وهب احد الداينين المدبون حصته من الدين المشترك او ابرأ ذمته منها فهبته او ابراؤه صحيح ولا يكون ضامناً حصة شريكه من هذا الخصوص ✻

لان هذا اتلاف لا قبض، والرجوع يكون في المقبوض لا في المتلف (مجمع الانهر) ولان الابراء فوق الصلح في التبرع لانه لم يقبض شيئاً ، فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا اولى ان لا يضمن . ولو ابرأه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام ، لان الحق عاد الا هذا القدر . فلو ابرأ احدهما المدبون عن نصف دينه والدين المشترك عشرون درهماً، يكون للمبري المطالبة بخمسة دراهم، وللساكت بعشرة (زيلعي وحاشيته للشلبي)

وفي الهندية : لو ابرأه احدهما عن ماية والدين الف ثم خرج شيء من الدين، اقتسماه بينهما على قدر حقهما على الغريم ، وذلك من تسعة : للساكت خمسة وللمبرئ اربعة . وكذلك ان كانت البرائة بعد القبض قبل القسمة . اما لو اقتسما المقبوض نصفين ثم ابرأه احدهما عن شيء ، فالقسمة ماضية لا تنتقض اه

ومثل هبة احد الداينين اوابراءه ما اذا تزوج احدهما بنصيبه من الدين بان كان لهما دين على امرأة فزوجته نفسها على حصته من الدين ، او كان دينهما على مولى الامة فزوجها المولى منه عليه، او على المكاتبة او على الامة المأذونة فتزوجها عليه باذن المولى ، فان هذا ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه ، لانه لم يسلم له شيء يمكنه المشاركة فيه ، اذ البضع لا يحتمل المشاركة ، فصار كالابراء . وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى ان الشريك يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة . والصحيح الاول ، لانه اتلاف ، ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة اليه ، فتملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها .

وهذا اذا اضاف العقد الى نصيبه من الدين . اما اذا لم يضف العقد اليه بان سمى دراهم مطلقة فوقع التقابض بنصيبه ، فانه يرجع عليه شريكه بالاجماع ، لانها لم تملك نصيبه وانما ملكت غيره ، فالتقيا قصاصاً (افاده الزيلعي)

وصلح احدهما على حصته من الدين عن جناية العمد ليس بقبض . فلو جنى احدهما على المديون جناية عمد فيما دون النفس ، ارشها مثل دين الجاني فصالحه على نصيبه ، لايرجع عليه شريكه . و كذا لو كان فيها قصاص لانه لم يملك بمقابلة شيئاً قابلاً للشركة (افاده في الدرر وحواشيه وغيرها)

قيد بالعمد لان الخطأ يسلك فيه مسلك الاموال ، فكأنه قابض (كذا في تكملة رد المحتار عن النهاية) ثم قال : وفي الايضاح لايلزمه لشريكه شيء ، لانه كالنكاح . وفي العناية ، بعد نقله ما تقدم : واری انه قيد بذلك ، يعني بالعمد ، لان الارش قد يلزم العاقلة ، فلم يكن مقتضياً . وتمامه في تكملة قاضي زاده اه ، فتأمل .

المادة ١١١١ - ✻ اذا اتلف احد الداينين في الدين المشترك مال المديون وتقاصا بحصته ضماناً فلشريكه اخذ حصته منه . لكن اذا كان عند احد الداينين للمديون دين خاص سابق على الدين المشترك ثم حصلت المقاصة بحصته من الدين المشترك فليس لشريكه ان يضمنه حصته ✻

يعني لو غصب احد الدائنين عيناً من المدين او اشترى منه شراء فاسداً فهلك عنده او استعار منه شيئاً واستهلكه ، فهو قبض ، لانه بالهلاك او الاستهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصاً ، ودين الغريم آخرهما فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب ، فيضمن لشريكه . اما اذا كان للمطلوب على احدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصاً به ، فلا ضمان عليه ، يعني ليس للشريك ان يشاركه لانه قضي ديناً عليه ، لما علمت من ان

آخر الدينين قضاء لاولهما . اما اولهما لا يجعل قضاء لان القضاء لا يسبق الوجوب ، ومعلوم ان الضمان وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء ، وانما تجب بالاقتضاء (افاده الزيلعي ومحشيه)

قيدنا الاتلاف بكونه بعد الغصب ونحوه لما في الزيلعي : لو أحرق احدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضاً عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ، حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شيء — بخلاف الغصب . ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان اتلفه بالاحراق ، لان الضمان حصل بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت — بخلاف ما اذا احرقه في يد مالكه من غير قبض . وعند محمد رحمه الله تعالى هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب عليه الضمان ، فصار ديناً في ذمته فالتقيا قصاصاً . وقد ذكرنا ان آخر الدينين قضاء للاول فصار مقتضياً فيرجع عليه اه

وفي الهندية عن المحيط : وفي المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : لو ان احد ربي الدين افسد على المطلوب متاعه او قتل عبداً له او عقر دابةً له وصار ماله قصاصاً لم يكن لشريكه ان يرجع عليه . ولو اخذه ثم احرقه او قتله فلشريكه ان يرجع عليه بالاجماع . وكذا لو قبض بشراء فاسد فباعه او اعتقه او هلك عنده اه فتنبه .

ثم ان المسئلة الثانية المذكورة في هذه المادة بقوله « لكن اذا كان عند احد الدائنين الخ » نظيرها في الحكم ما ذكره في الهندية ايضاً عازياً للمحيط : لو ضمن احد الطالبين للمطلوب مالاً عن رجل صارت حصته قصاصاً به ولا شيء لشريكه عليه . فإن اقتضى من المكفول عنه ذلك المال لم يكن لشريكه ان يرجع عليه ايضاً ، فلا يشاركه في ذلك اه

وظاهر اطلاقه انه وان كانت الكفالة بعد ثبوت الدين في ذمته لهما . وكأن وجهه ان ما اقتضاه من المكفول عنه لا حق للشريك فيه وانما حقه فيما لهما على المطلوب وهو لم يقبض منه شيئاً ، فتدبره .

المادة ١١١٢ — ❊ ليس لاحد الدائنين ان يؤجل الدين المشترك

بلا اذن الآخر ﴾

ولا ان يؤجل نصيبه منه . ولو فعل لا يصح التأجيل لا في الكل ، وهو ظاهر ، لانه تصرف في حق الغير بلا اذنه ، ولا في نصيبه . وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعند ابي يوسف يجوز في نصيبه . ومحمد معه ، كما في عامة روايات الكتب . وقيل مع ابي حنيفة . والصحيح قول ابي حنيفة . قال في النهاية : والقول ما قالت حزام .

وجه قول ابي حنيفة ان جواز التأجيل يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه ، وهو لا يجوز ، ولان فيه ضرراً على الشريك الذي لم يؤجل من حيث انه جعل مؤنة الطلب عليه فقط . وقد اتفقوا ان ما يقبضه الذي لم يؤجل يشاركه فيه المؤجل . غير ان المؤجل لم يبق له حق المطالبة ، وتمام توضيح دليل ابي حنيفة مبسوط في الزيلعي وحاشيته . قال الزيلعي : ثم هذا الاختلاف في انشاء التاجيل . اما لو اقر احد الشريكين ان الدين مؤجل وانكر الآخر ، صح اقراره في نصيبه اه

قال في حاشية الشلبي معزياً للاتقاني : هذا ، يعني صحة اقراره في نصيبه ، اذا اقر بتأجيل كله الا انه ينفذ اقراره في نصيب نفسه وكان في زعمه ان الكل مؤجل ، وفي زعم الآخر ان الكل حال . اما لو اقر بتأجيل نصيبه فحينئذ لا يصح عند ابي حنيفة ، لانه اقر بما لا يملك انشاءه اه .

واعلم ان هذا كله فيما اذا كان الدين المشترك واجباً بعقدهما معاً كأن باعا فرساً مشتركاً بينهما صفقة واحدة كما تقدم ، او بلا عقد من احدهما كدين ورثاه او قيمة دابة مشتركة اتلفها المديون . اما لو كان واجباً بعقد احدهما فقط فإن كانا شريكين شركة عنان فان أخر الذي ولي الإدانة صح تأجيله في جميع الدين ، وان أخر الذي لم يباشرها لم يصح في حصته أيضاً . وان كانا متفاوضين واجل احدهما ايهما اجل صح تأجيله كتأجيل الوكيل بالبيع الثمن . وان حط احدهما ان كان عاقداً جاز حطه بعضاً وكلاً ويضمن نصيب شريكه ان حط الكل (افاده في البحر) ويشعر بهذا قوله هنا بلا اذن الآخر . وسيأتي ان كلاً من شريكي العنان

والمفاوضة تتضمن الوكالة

﴿ لاحقة ﴾

المادة ١١١٣ ﴿ اذا باع واحد مالاً الى اثنين يطالب كل واحد بحصته على حدة وما لم يكن احد المشتريين كفيلاً للآخر لا يطالب بدينه ﴾

اي بدين الآخر . ولو كفل كل منهما الآخر باذنه كان للبائع ان يطالب كل واحد بكل الثمن . ولا يرجع الدافع الا بما ادى زائداً عن النصف ، لان كلاً منهما اصيل في النصف وكفيل في النصف ، فما يؤديه ينصرف الى ما عليه اصالةً اذ لا معارضة بين ما عليه اصالةً وبين ما عليه كفالةً ، لان الاول دين ومطالبة والثاني مطالبة فقط (درر في « فصلٌ لما دين على آخر » من كتاب بالكفالة)

﴿ الباب الثاني ﴾

(في بيان القسمة ويشتمل على تسعة فصول)

(الفصل الاول)

« في تعريف القسمة وتقسيمها »

المادة ١١١٤ - ﴿ القسمة هي تعيين الحصة الشائعة يعني افراز الحصص بعضها من بعض بمقياس مّا كالذراع والوزن والكيل ﴾

صواب الترجمة « والميزان والمكيال » لأن الميزان والمكيال هو المقياس كالذراع ، واما الوزن والكيل فهو فعل الفاعل ·

ثم ان ما ذكر من تعريف القسمة موافق لما في الدرر · وعرفه في الكنز والتنوير والملتقى بأنه جمع نصيب شائع في معين · وجعل الزيلعي التعريف المذكور هنا حكم القسمة فقال : وحكمها تعيين نصيب كل واحد من الشركاء ، حتى لا يكون لكل واحد تعلق بنصيب صاحبه اه

وافاد مسكين على الكنز ان القسمة نوعان : قسمة في الاعيان وقسمة في المنافع ، وهي المسماة بالمهايأة · وما ذكر تعريف للنوع الاول · وتعريف النوع الثاني « مبادلة المنفعة بجنسها » كما في ابي السعود عن الحموي ، وسيأتي في الفصل التاسع ·

وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين ، كالكيل

والوزن والعدّ والذرع .

وشرطها ان لا تفوت المنفعة بالقسمة . فاذا فاتت بها منفعته الاصلية لا يقسم القاضي جبراً، كالبئر والرحى والحمام ونحو ذلك ، لأن الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فإذا ادت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها . وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى (ونبئهم ان الماء قسمة بينهم) وقال تعالى (واذا حضر القسمة) وبالسنة لانه عليه الصلاة والسلام باشرها في الغنائم والمواريث ،وعلى جوازها انعقد الاجماع . ولأن فيها انصاف الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه ، فكان واجباً . وحكمها ما تقدم (زيلعي) . وسببها طلب الشركاء او بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص (تنوير) فلولم يوجد طلبهم لا تصح القسمة (در) .

المادة ١١١٥ ـ ✻ القسمة تكون على وجهين : اما جمع الحصص الشايعة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها مثل قسمة ثلاثين شاة مشتركة بين ثلاثة عشرة عشرة ويقال له قسمة الجمع واما تعيين الحصص الشايعة في العين الواحدة المشتركة في اقسامها مثل قسمة عرصة بين اثنين يقال لها قسمة تفريق وقسمة فرد ✻

قوله « في كل فرد الخ » متعلق بقوله « الشايعة » وقوله « في اقسامها » متعلق بقوله « جمع » والمراد باقسامها هنا اعدادها . وقوله «في العين الواحدة» متعلق بالشايعة . وقوله « في اقسامها » متعلق بتعيين . والاقسام هنا بمعنى الاجزاء . ووجه التسمية في الوجهين ظاهر .

واعلم ان قسمة الجمع بطلب بعض الشركاء انما تجوز في الجنس المتحد من كل وجه بان كانت المجانسة ثابتة بين الاعداد اسماً ومعنى ، كما في الغنم او البقر او المكيل او الموزون او الثياب ؛ فان القاضي يقسم اعداد كل جنس قسمة جمع

عند طلب بعض الشركاء . ولا تجوز في الاجناس المختلفة من كل وجه بان يجمع نصيب هذا في الغنم ونصيب ذاك في البقر او الدار او الثياب الا اذا رضي جميع الشركاء بذلك . كذا في الهندية والتتارخانية . وسيأتي تمامه في الفصل الثالث من هذا الباب .

المادة ١١١٦ ـ ✻ القسمة من جهة افراز ومن جهة مبادلة . مثلاً اذا كان كيل حنطة مشتركاً بين اثنين مناصفة فكل حبة منه لكل واحد منهما نصفها فقسمتها قسمين من قبيل قسمة الجمع وباعطاء القسم الواحد الى واحد والثاني الى الآخر يكون كل واحد منهما افرز نصف حصته وبادل بالنصف الآخر شريكه بنصف حصته . كذلك عرصة مشتركة مناصفة بين اثنين حالة كون كل جزء منها لكل واحد نصفه فقسمتها قسمين بين اثنين قسمة تفريق وباعطاء كل واحد منهما قسماً يكون كل واحد افرز نصف حصته وبادل شريكه بالنصف الآخر بنصف حصته ✻

يعني ان القسمة سواء كانت في المثليات او في القيميات وسواء كانت قسمة جمع او قسمة تفريق ، لا تعرى عن معنى الافراز وهو اخذ عين حقه ، وعن معنى المبادلة وهو اخذ بدل حقه ، لانه ما من جزء معين الا وهو مشتمل على النصيبين ، فكان ما يجتمع في نصيب احدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه ، فصار له عوضاً عما في يد صاحبه ، فكان مبادلة من حيث انه اخذ حق صاحبه من مقابلة حقه ، وافرازاً من حيث انه يقبض حقه ايضاً (مسكين ودرر)

المادة ١١١٧ ـ ✻ جهة الافراز في المثليات راجحة بناء عليه

كل واحد من الشريكين في المثليات له اخذ حصته في غيبة الآخر بدون اذنه لكن لا تتم القسمة ما لم تسلم حصة الغائب اليه . ولو تلفت حصة الغائب قبل التسليم تكون الحصة التي قبضها شريكه مشتركة بينهما *

سيأتي في المادة (١١١٩) بيان ما هو المثلي وما هو القيمي . وانما كانت جهة الافراز في المثلي راجحة لان المثلي اذا اخذ بعضه بدل بعض على ما بيناه سابقاً كان المأخوذ عين المأخوذ عنه حكماً ، لوجود المماثلة ، بخلاف القيمي كما يأتي . وبناء على رجحان جهة الافراز في المثلي كان لاحد الشريكين الذي في يده المثلي المشترك ان يقسم حصته ويأخذها بغيبة الآخر ، لانه اخذ عين حقه حكماً لا بد له حتى يشترط له حضور الآخر ورضاه . غير ان هذه القسمة لا تنفذ ما لم يصل الغائب اليه ، حتى لو هلك قبل ان يسلمه بطلت القسمة وكان الهالك عليهما ، ورجع الغائب بنصف ما قبضه الحاضر . اما لو هلك ما بيد الحاضر قبل وصول نصيب الغائب اليه ، لا تبطل ، لان القسمة قد تمت من جهة حيث كان قابضاً . ففي الهندية عن الذخيرة : واذا كان بين رجلين شيء من المكيل او الموزون وهو في يد احدهما واقتسماه ، فالذي ليس في يده لم يقبض نصيبه حتى هلك ، فالذي هلك يهلك عليهما ، والذي بقي فهو بينهما .

الاصل في هذه المسئلة واجناسها ان في قسمة المكيل والموزون اذا هلك نصيب احدهما قبل القبض ، تنتقض القسمة ويعود الامر الى ما كان عليه قبل القسمة . ولو كان الهالك نصيب من كان المكيل والموزون في يده دون نصيب الآخر ، لا تنتقض القسمة . وعن هذا الاصل قلنا ان الدهقان اذا قال للاكار اقسم الغلة واعزل نصيبي من نصيبك ففعل ثم هلك نصيب احدهما قبل ان يقبض الدهقان نصيبه ، ان هلك نصيب الدهقان فالقسمة تنتقض ويرجع الدهقان على الاكار بنصف ما قبض ، لان نصيب الدهقان هلك قبل قبضه ، وان هلك نصيب الاكار ، لا تنتقض القسمة اه ونقل مثله في البزازية عن واقعات سمرقند ، كما في رد المحتار

لكن ذكر في الخانية ما نصه : اذا كان المكيل او الموزون بين حاضر وغائب او صغير وبالغ واخذ الحاضر او البالغ نصيبه فهلك الباقي ، ان هلك قبل ان يصل ذلك اليهما ، لا يكون الهلاك على الصغير والغائب ٠ وهذا كالصبرة اذا كانت مشتركة بين الدهقان والمزارع ، فقال الدهقان للمزارع اقتسمها وافرز نصيبي فقسم المزارع ، والدهقان غائب ، فحمل نصيب الدهقان الى الدهقان فلما رجع ناذا هلك ما افرزه لنفسه ، كان الهلاك عليهما ٠ وان قسم الصبرة وافرز نصيب الدهقان وحمل نصيب نفسه الى بيته اولاً فلما رجع واذا قد هلك ما افرزه للدهقان ، كان الهلاك على الدهقان خاصة كذا قاله بعض المشايخ اه ٠

قال في رد المحتار : ولا تخفى مخالفته لما تقدم ٠ ولعل قول قاضيخان « كذا قاله بعض المشايخ » فيه اشارة الى عدم اختياره اه ملخصاً :

اقول : هذا بعيد جداً فان قاضي خان لم يذكر قولاً غيره حتى يكون مختاراً له ٠ وقد قال في اول فتاواه : واذا كان في المسئلة اقوال اقتصرت على قول او قولين ، وقدمت ما هو الاظهر والاشهر ٠ كيف وما في الخانية قد نقله في الدر والمنح وغيرهما ، واقروه على ذلك ٠ فالاَولى تقرير المسئلة على وجه تندفع به المخالفة ، بأن يقال ان الصبرة المشتركة بين الحاضر والغائب ان لم تكن في يد واحد منهما بان كانا وضعاها في محل مشترك بينهما او هو باستئجارهما او هي عند مودَعهما ، فاي واحد من الشريكين حاضراً او غائباً هلكت حصته قبل ان يستلمها ، تنتقض القسمة ويرجع على شريكه بحصة من الحصة السالمة يرشد الى هذا ، قوله في الاصل المذكور اذا هلك نصيب احدهما قبل القبض تنتقض القسمة الخ ٠ وان كانت الصبرة في يد الحاضر فهلاك حصة الغائب قبل ان يستلمها تبطل القسمة ويكون الهلاك عليهما ، ولا تبطل بهلاك حصة الحاضر الذي الصبرة في يده لانه قابض والهلاك بعد القبض لا يبطلها ٠

اذا تمهد هذا تعلم ان ما في الذخيرة والبزازية موضوعه اذا كانت الصبرة المشتركة بين الدهقان والمزارع في يد المزارع ، كما هو صريح عبارتيهما ٠ فاذا قسم المزارع يكون قابضاً لحصته بمجرد القسمة ، لان الكل باستلامه ٠ فبهلاك حصة شريكه الدهقان قبل وصولها اليه تنتقض القسمة ، لا بهلاك حصة نفسه ٠ وما في

الخانية موضوعه اذا كانت الصبرة ليست في يد المزارع بل في ايديهما او في يد مودعهما ، على ما بينا آنفاً ، فقال له الدهقان اقسم لي حصتي وافرزها ، كان هذا توكيلاً له بالقبض والافراز ، ولا يكون بالقسمة قابضاً حصة نفسه — الا اذا نقلها الى ملكه . فإذا نقلها تمت القسمة لحصول القبض من الشريكين ، الدهقان بمباشرة وكيله المزارع ، والمزارع بمباشرة نفسه . فأي هلكت حصته هلكت على صاحبها . وان لم ينقلها وقد هلكت حصته بعد ان حمل حصة الدهقان ، بطلت القسمة لانه لم يقبضها ، فلا تتم القسمة .

وانما كان قول الدهقان للمزارع اقسم حصتي وافرزها توكيلاً بالقبض فيما اذا لم تكن الصبرة في يد المزارع كما هو موضوع مسئلة الخانية ، لا فيما اذا كانت الصبرة في يده كما هو موضوع مسئلة الذخيرة والبزازية ، لان التوكيل بالقبض يمكن تحققه في الاولى لا في الثانية ، اذ لا يتصور ان يكون الشخص الواحد دافعاً وقابضاً ، تأمل .

هذا ما ظهر لي في تقرير هذه المسئلة وبه تندفع المخالفة بين العبارات المذكورة وينطبق كل واحدة منها على الاصل المذكور ، والله هو الموفق وولي التوفيق

المادة ١١١٨ = ﴿ جهة المبادلة في القيميات راجحة وتجوز المبادلة بالتراضي او بحكم القاضي . فالاعيان المشتركة من غير المثليات لا يجوز لاحد الشريكين اخذ حصته منها في غيبة الآخر بدون اذنه ﴾

انما رجحت جهة المبادلة في القيميات للتفاوت بين ابعاضها ، فلا يمكن ان يجعل كانه اخذ عين حقه لعدم المبادلة بيقين . وبناء على رجحانها لم يجز لاحد الشريكين اخذ حصته في غيبة الآخر ، لان المبادلة يشترط فيها رضى المتبادلين . وانما يجبر احد الشريكين على القسمة في متحد الجنس عند طلب الآخر القسمة مع ان جهة المبادلة الراجحة في القيميات تقتضي عدم الجبر ، لان جهة الافراز فيها ملحوظة ايضاً ، وان كانت مرجوحة فباعتبارها يجري الجبر . على ان المبادلة قد

يجري فيها الجبر عند تعلق حق الغير كما في الشفعة وبيع ملك المديون لوفاء دينه. وهذه مبادلة تعلق به حق الغير لان الطالب للقسمة يريد الاختصاص بملكه ومنع غيره عن الانتفاع به فيجري الجبر فيها ايضاً (افاده في الدر وحواشيه وغيرها)

وقوله : في هذه المادة «وتجوز المبادلة بالتراضي او بحكم القاضي» جملة معترضة لا تعلق لها بما قبلها ولا بما بعدها ، وانما جيء بها للاشارة الى ما ذكرنا من ان القسمة سواء كان في المثليات او القيميات وان كان فيها معنى المبادلة قد يجري فيها الجبر، لانها اذا كانت بحكم القاضي لا تكون الا جبراً .

واعلم ان ما يتفرع على كون جهة الافراز راجحة في قسمة المثليات وجهة المبادلة راجحة في القيميات ما لو كان الشريكان اشتريا ما اقتسماه ، فلكل واحد منهما بعد القسمة ان يبيع حصته مرابحة على حصته من الثمن في الاول دون الثاني ، كما في الزيلعي وغيره

المادة ١١١٩ - ✻ المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة كالجوز والبيض كلها مثليات لكن الاواني المختلفة باختلاف الصنعة والموزونات المتفاوتة قيمية وكذلك الحنطة المختلطة بالشعير وكل جنس مثلي خلط بخلاف جنسه في صورة لا يقبل التفريق والتمييز قيمي . والذرعيات ايضاً قيمية لكن الجنس الواحد من الجوخ والبطاين من اعمال الفابريقات التي تباع على ان ذراعها بكذا غرشاً ولا يوجد التفاوت في افرادها مثلي ، والحيوانات والعدديات المتفاوتة التي يوجد بين افرادها تفاوت بالقيمة مثل البطيخ الاخضر والاصفر قيمية وكتب الخط قيمية وكتب الطبع مثلية حيث كانت متماثلة ✻

تقدم في المادتين ١٤٥ و١٤٦ ان المثلي ما يوجد مثله في السوق بدون تفاوت يعتد به . والقيمي ما لا يوجد له مثل في السوق ، او يوجد لكن مع التفاوت

المعتد به في القيمة اه ·

وذكر في الدرر : ثم المثلي قد يكون مصنوعاً بحيث تخرجه الصنعة عن المثلية بجعله نادراً بالنسبة الى اصله كالقمقمة والقدر والابريق يكون قيمياً · وقد يكون مصنوعاً بحيث لا تخرجه المثلية ببقاء كثرته وعدم تفاوته كالدراهم والدنانير المضروبة اه ·

وفي تنقيح الحامدية عن العمادية عن صدر الاسلام ابي اليسر : ليس كل مكيل مثلياً ولا كل موزون · انما المثلي من المكيلات والموزونات ما هي متقاربة · اما ما هو متفاوت فليس بمثلي فكانت المكيلات والموزونات والعدديات سواء اه

ثم بعد ان عدّد يعني في تنقيح الحامدية المثليات وذوات القيم ، قال : ولا احتياج الى هذا التفصيل فما يوجد له المثل في الاسواق بلا تفاوت يعتد به ، فهو مثلي · وما ليس كذلك فمن ذوات القيم · وما ذكر من الكيلي واخواته فمبني على هذا · ومقتضى هذا ان المذروع الذي لا يتفاوت مثلي ، كثوب كرباس نسج من غزل واحد · فمن اتلف ذراعاً من ذلك الثوب يضمنه بمثله من ذلك الثوب او من ثوب آخر نسج من ذلك الغزل اذا لم يكن بينهما تفاوت يعتد به · ومثله يقال اذا كانت الشقة مشتملة على عدة اثواب ، يضمن كل ثوب منها بثوب آخر منها حيث لا تفاوت بين اثوابها نسجاً او غزلاً يعتد به ، اي من حيث الرغبة او الثمن ، حتى يقال كل ثوب منها بكذا كما يقال كل ذراع من هذا الثوب بكذا فهذا مثلي ايضاً لان المدار على عدم التفاوت لا على خصوص كون ذلك الشيء مكيلاً او موزوناً او عددياً متقارباً · ولذا كان الموزون المختلف غير مثلي لوجود التفاوت اه وتمامه فيه من كتاب الغصب ·

اقول وعلى هذا فحنطة بلادنا وشعيرها من القيميات لان التفاوت بينهما معتد به ، فلا تكاد حنطة قرية أو ارض تماثل حنطة قرية اخرى او ارض اخرى في القيمة ، بل لا تكاد تجد حنطة صبرة من قرية تماثل حنطة صبرة اخرى من تلك القرية في القيمة لتفاوتها لوناً او نظافة او نحو ذلك · وعليه فلو اتلف انسان لآخر كيلة من حنطة صبرته انما يلزمه قيمتها يوم الاتلاف ، اذ لا يوجد في الاسواق ما يماثلها في القيمة ، فليحفظ هذا ·

المادة ١١٢٠ ـ ﴿ تنقسم كل من قسمة الجمع وقسمة التفريق الى نوعين قسمة الرضا وقسمة القضا ﴾

الا ان قسمة الرضا تجري في قسمتي الجمع والتفريق مطلقاً وقسمة القضاء لا تجري بطلب احد الخصمين الا في متحد الجنس ، وفي مختلفه لا تجري الا برضاءهما معاً وتقدمت الاشارة اليه في شرح المادة (١١١٥)

المادة ١١٢١ ـ ﴿ قسمة الرضا القسمة التي تجري بين المتقاسمين في الملك المشترك بالتراضي او برضى الكل عند القاضي ﴾

المادة ١١٢٢ ـ ﴿ قسمة القضاء تقسيم القاضي الملك المشترك جبراً وحكماً بطلب بعض المقسوم لهم ﴾

فلو قسم القاضي بطلب جميع الشركاء كانت قسمة رضا . ثم ان القسمة بالتراضي أكد منها بقضاء القاضي كما في تنقيح الحامدية ، وسيأتي ما يترتب على ذلك .

- الفصل الثاني -

« في بيان شرائط القسمة »

المادة ١١٢٣ ـ ﴿ كون المقسوم عيناً شرط فلا يصح تقسيم الدين المشترك قبل القبض . مثلا اذا كان للمتوفي ديون في ذمة اشخاص متعددين واقتسمها الورثة على ان ما في ذمة فلان من الدين لفلان

الوارث وما في ذمة فلان منه لفلان الوارث لا يصح . وفي هـذه الصورة مهما حصله احد الورثة يشاركه فيه الوارث الآخر . انظر الفصل الثالث من الباب الاول ✻

انما لا تجوز قسمة الدين لانها لا تحقق قبل القبض ، لان القسمة افراز والدين مجتمع في محل واحد فلا يتحقق الافراز (حامدية عن الولواجية) وعلله الزيلعي بان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف في الذمة اه وذكر في الباب الثامن من كتاب القسمة من الهندية : واذا قسمت الورثة الدين فيما بينهم فإن كان الدين للميت فاقتسموا الدين والعين جملة بأن شرطوا في القسمة ان الدين الذي على فلان لهذا الوارث مع هـذه العين والدين الذي على فلان الآخر لهذا الوارث الآخر مع هذه العين فهذه القسمة باطلة في الدين والعين جميعاً . وان اقتسموا الاعيان ثم اقتسموا الديون فقسمة الاعيان صحيحة وقسمة الديون باطلة . واذا كان الدين على الميت واقتسموا على ان يضمن كل واحد منهم دين غريم على حدة ، اواقتسموا على ان يضمن احدهم سائر الديون ، فان كان الضمان مشروطاً في القسمة ، فالقسمة فاسدة . وان لم يكن الضمان مشروطاً في القسمة وانما ضمن بعد القسمة بغير شرط ، ان ضمن بشرط ابراء التركة ، لم تكن القسمة نافذة ، على معنى ان له نقضها — وان ضمن على ان لا يتبع الميت ولا ميراثه بشيء ، اوعلى ان يبرىء الغريم الميت ، كان هـذا جائزاً ، ان رضي الغرماء بضمانه . وان ابى الغرماء ان يقبلوا ذلك فلهم نقض القسمة . فإن رضـوا بضمانه وابرأوا الميت ثم توى المال عليه ، رجعوا في مال الميت حيث كان . وان لم يشترط على ان يبرء الغريم الميت لا تنفذ القسمة ، وان رضي الغرماء بضمانه . والغريم الذي له على الميت دين اذا اجاز القسمة التي قسمها الوارث ثم اراد نقضها ، كان له ذلك اه .

المادة ١١٢٤ — ✻ لا تصح القسمة الا بافراز الحصص وتمييزها ، مثلا اذا قال احد اصحاب الصبرة المشتركة من الحنطة للآخر خذ انت ذلك الطرف من الصبرة وهذا الطرف لي لا يكون قسمة ✻

لأن حكم القسمة تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه (زيلعي وغيره)

واعلم ان قسمة المكيل والموزون لا تصح الا بالكيل والوزن ، لان المجازفة في الاموال الربوية لا تجوز . وقد علمت ان القسمة مبادلة من وجه قال في الخانية من فصل في قسمة الاب والوصي : شريكان بينهما عنب ارادا قسمته تجوز قسمته بالوزن بالقبان وبالميزان . وقال بعض المشايخ تجوز قسمته بالشريجة ايضاً لقلة التفاوت . وهذا غير صحيح لانه وزني فلا تجوز قسمته بدون الوزن ، اما القبان او بالميزان فلا تجوز قسمته بالشريجة لانها مجازفة وقسمة التبن بالاحمال ذكر في النوازل انه يجوز . قال مولانا رحمه الله تعالى: لانه ليس بوزني اه

والشريجة بالشين المعجمة والجيم شيء من سعف يحمل فيه البطيخ ونحوه ، كما في القاموس .

وفي الشرنبلالية: زرع بينهما في ارض لهما ارادا قسمة الزرع دون الارض وقد سنبل ، لا يجوز ، لانه مجازفة وهي لا تجوز في الاموال الربوية اه

وقدمنا ان ركن القسمة هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع ، فتنبه .

المادة ١١٢٥ — ✻ شرط المقسوم كونه ملك الشركاء حين القسمة . فاذا ظهر مستحق للمقسوم بعد القسمة . بطلت وكذا اذا

ظهر مستحق لجزء شايع منه كنصفه وثلثه بطلت القسمة ويلزم تكرار قسمة كذلك اذا ظهر مستحق لمجموع حصته بطلت القسمة

والباقي مشترك بين اصحاب الحصص . وان ظهر مستحق لمقدار معين من حصة او لجزء شايع منها فصاحب الحصة مخير . ان شاء فسخ القسمة، وان شاء لم يفسخ ، ورجع بمقدار نقصان حصته على صاحب الحصة الاخرى . مثلاً عرصة مايةوستون ذراعاً بعد ان قسمت بين اثنين مناصفة اذا ظهر مستحق لنصف حصته فصاحب الحصة ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع بربع حصته على شريكه ، يعني يأخذ من حصته محل عشرين ذراعاً . ولوظهر مستحق لمقدار معين من كلتا الحصتين فان كان على التساوي لا تفسخ القسمة وان كان في حصته اكثر من الاخرى فالمعتبر انما هو مقدار الزيادة ويكون كانما ظهر مستحق لمقدار معين في حصة واحدة . ومن اصاب حصته اكثرية الاستحقاق ، يكون مخيراً كما مرّ : ان شاء فسخ القسمة وان شاء رجع على شريكه بمقدار النقصان .

حاصل هذه المسائل كما في الدر وحواشيه والكنز وشروحه ان يقال : اما ان يرد الاستحقاق على احد النصيبين كله فتبطل القسمة ويصير النصيب الباقي مشتركاً بينهما ، وهو ظاهر ، واما على بعض منها فلا تبطل سواء كان البعض شايعاً او معيناً . ولكن يخير المستحق منه ان شاء فسخ القسمة دفعاً لضرر التشقيص وان شاء لم يفسخ ورجع بنصف ما استحق منه في حصة شريكه الآخر .

وانما يخير اذا لم يكن باع شيئاً منها قبل الاستحقاق ، والا فليس له الا الرجوع . واما ان يرد الاستحقاق على بعض شايع في الحصتين معاً كربع الحصتين مثلاً ، فتنتقض القسمة دفعاً للضرر عن المستحق بتفريق نصيبه في الحصتين . ومثله ما اذا ورد على بعض شائع في كل واحدة منهما كربع احداهما وثلث الاخرى ، فان القسمة تنتقض ايضاً . واما على بعض معين فيهما ، فلا تنتقض القسمة اتفاقاً .

ثم ان كان ما استحق مأخوذاً من حصتهما على التساوي ، فلا رجوع لاحدهما على الآخر بشيء ، كما لو استحق قطعة معينة هي من كل حصة خمسة اذرع مثلاً ، وان كانت لا على التساوي بأن كان المأخوذ عشرة اذرع من احدى الحصتين وخمسة اذرع من الحصة الاخرى ، فالقسمة ايضاً لا تبطل ، لكن لمن استحق من حصته عشرة اذرع الخيار بين فسخ القسمة وبين امضائها والرجوع على من استحق من نصيبه خمسة بذراعين ونصف ، فيكون نظير من استحق من حصته قطعة معينة دون الآخر .

وفي حاشية الشلبي قال الاتقاني رحمه الله تعالى : والحاصل ان المسئلة على ثلاثة اوجه : ففي استحقاق بعض معين في احد النصيبين او فيهما جميعاً ، لا تنقض القسمة بالاتفاق . وفي استحقاق شيء شايع في النصيبين ، تنقض القسمة بالاتفاق . وفي استحقاق بعض شائع في احد النصيبين لا تنقض القسمة عند ابي حنيفة ، خلافاً لابي يوسف اه والاصح قول ابي حنيفة . والصواب ان محمداً مع ابي حنيفة ، كما في رد المحتار .

وقال الشلبي ايضاً : قال الكرخي في مختصره : فإن كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثاً اوشراءً فاقتسماها واخذ احدهما اربعين شاة تساوي خمسماية واخذ الآخر ستين تساوي خمسماية فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم ، فأنه يرجع بخمسة دراهم في الستين ، فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيها الآخر بخمسماية درهم الا خمسة دراهم اه

اقول : وكذا الحكم لو استحق من الاربعين ربعاً مشاعاً ، فإن له ان يرجع بقيمة نصف ربع الاربعين في الستين ، فيضرب فيها باثنين وستين قرشاً ونصف ، والآخر باربعمائة وسبعة وثلاثين قرشاً ونصف اذا اختار امضاء القسمة ، والا كان له الفسخ وتجديد القسمة في الباقي كما علمت . ولو استحق شاة من الاربعين قيمتها عشرة وشاتان من الستين قيمتهما خمسة عشر ، رجع صاحب الستين باثنين ونصف في الاربعين ، فتكون الاربعون مشتركة بينهما يضرب فيها صاحب الستين باثنين ونصف ويضرب فيها صاحب الاربعين بخمساية الا اثنين ونصف . وعلى هذا فقس ، والله اعلم .

﴿ تتمة ﴾

في رد المحتار : اذا جرت القسمة في دارين او ارضين واخذ كلٌ واحدةً ثم استحقت احداهما بعد ما بنى فيها صاحبها ، يرجع على صاحبه بنصف قيمة البناء . قيل : هذا قول الامام لان عنده قسمة الجبر لا تجري في الدارين ، فكانت في معنى البيع . والاصح انه قول الكل (خانية) ولو في دار لا يرجع (تتارخانية) اه ما في رد المحتار .

اقول : ولعل توجيهه ان المنظور اليه في قسمة التفريق هي جهة الافراز . وان كانت جهة المبادلة في القيميات راجحة فلم يكن لمن بنى في حصته ثم استحقت ان يرجع على شريكه بنصف قيمة البناء لانها قصد الافراز ، لا المبادلة . والمنظور اليه في قسمة الجمع هي جهة المبادلة فكان له الرجوع لقصدها المبادلة فمناط الرجوع وعدمه هي قسمة التفريق وقسمة الجمع ، لا ما يجري فيها الجبر وما لا يجري . ولهذا كان الرجوع في قسمة الدارين متفقاً عليه على الاصح ، مع ان الامامين يقولان بجريان الجبر فيها .

وبما ذكرنا يسقط ما اورده الشارح سليم باز من ان قولهم « جهة المبادلة في القيميات راجحة » يقتضي التسوية بين المسئلتين في الرجوع ، فافهم .

المادة ١١٢٦ — ﴿ قسمة الفضولي موقوفة على الاجازة قولاً او فعلاً . مثلاً اذا قسم واحد المال المشترك بنفسه لا تكون القسمة جائزة . لكن اصحابه ان اجازوا قولاً بان قالوا احسنت او تصرفوا بالحصص المفرزة تصرف الملاك يعني بوجه من لوازم التملك كبيع وايجار فالقسمة صحيحة نافذة ﴾

لان كل عقد يصح التوكيل فيه ، يتوقف عقد الفضولي فيه على الاجازة ،

والقسمة مما يصح التوكيل فيه (خيرية)

وفي الهندية عازياً للمبسوط والذخيرة : اقتسم القوم القرية وهي ميراث بينهم بغير قضاء قاض ، وفيهم صغير ليس له وصي او غايب ليس له وكيل ، لم تجز القسمة . فان اجاز الغائب او كبر الصبي واجاز ، فهو جائز لان لهذا العقد مجيزاً حال وقوعه الا يرى القاضي لو اجاز ، جاز ، وهو نظير ما لو باع احد مال الصبي فكبر الصبي فاجاز ذلك ، جاز . وان مات الغائب او الصغير فاجاز وارثه ، لم تجز في القياس وهو قول محمد .

والاستحسان ان الحاجة الى القسمة قائمة بعد موت المورث كما كانت في حياته . فلو نقضت القسمة احتيج الى اعادتها في الحال بتلك الصفة . وانما تكون اعادتها برضى الوارث فلا فائدة في نقضها مع وجود الاجازة عند النفاذ برضاه .

ثم انما تعمل الاجازة من الغائب او من وارثه او من الوصي او من الصبي بعد البلوغ ، اذا كان ما وقع عليه القسمة قيماً وقت الاجازة ، كالبيع المحض الموقوف انما تعمل فيه الاجازة اذا كان المبيع قائماً وقت الاجازة . وكما تثبت الاجازة صريحاً بالقول تثبت الاجازة دلالةً بالفعل ، كما في البيع المحض (اه مختصراً) .

فاستفيد من هذا ان قيام المجيز وقت الاجازة ليس بشرط لصحتها ، على ما هو الاستحسان وما عللوا به الاستحسان ، يقتضي ان قيام المتقاسمين ايضاً ليس بشرط لظهور تلك العلة في ذلك ، وانما الشرط هو قيام ما وقعت عليه القسمة . واقتصاره على ذكر هذا الشرط يفيد ما قلنا . فما قاله الشارح سليم باز من انه يشترط قيام كل من العين والمتقاسمين والمجيز حين الاجازة لانها لما فيها من معنى المبادلة ، كالبيع . وقد تقدم في المادة (٣٧٨) انه يشترط لصحة اجازة بيع الفضولي ان يكون كل من البايع او المشتري والمجيز والمبيع قائماً غير مسلم . وعزوه ذلك الى الهندية فرية ، فان عبارة الهندية كما سمعت .

واعلم ان اطلاق هذه المادة تبعاً لاطلاق عبارات عامة المتون يقتضي انه لا فرق في هذا الحكم ، وهو كون القسمة تنفذ باجازة الغائب ونحوه ، بين ان يكون ما وقع عليه القسمة مشتركاً بسبب الارث او لسبب غيره ، كالشراء ونحوه . وجزم العلائي في الدر ان هذا مقيد فيما اذا كان اشتراكهم بسبب الارث

اما لو كان بسبب غيره كالشراء ، تكون القسمة باطلة . ومقتضاه ان لا تنفذ باجازة من ذكر . واستند في ذلك لما في منية المفتي وغيرها ، وعبارتها هكذا : اقتسم الورثة لا بأمر القاضي وفيهم صغير او غائب ، لا تنفذ الا باجازة الغائب او ولي الصغير ، او يجيز اذا بلغ . اقتسم الشركاء فيما بينهم وفيهم صغير او غائب ، لا تصح القسمة . فإن امرهم القاضي بذلك صح اه .

قال محشيه في رد المحتار : سيذكر المصنف تبعاً لسائر المتون ان القاضي لا يقسم لو كانوا مشترين وغاب احدهم ، فكيف تصح قسمة الشركاء بأمر القاضي ، اللهم الا ان يراد به الشركاء في الميراث . لكن يبقى قول الشارح « ولو شركاء بطلت » محتاجاً الى نقل اه

اقول : وفيه نظر ، لانه لو كان المراد منه الشركاء في الميراث ، لكان بين عبارتي المنية منافاة ، لان معنى عدم النفاذ المذكور اولا الصحة مع التوقف . ولو قلنا ان قوله « لم تصح » بمعنى لم تنفذ ، كان قوله « فان امرهم القاضي بذلك صح » غير مستقيم ، فان النفاذ بالاجازة لا يشترط له امر القاضي لهم بالقسمة ، فتعين ان يكون المراد الشركاء بغير الميراث . وايراده المذكور يمكن دفعه بان قول المتون « لا يقسم القاضي بين الشركاء لو كانوا مشترين وغاب احدهم » معناه ان القاضي لا يباشر القسمة بينهم جبراً ، يعني قسمة قضاء . وهذا لا يلزم منه انه لا يأمرهم بأن يقسموا فيما بينهم قسمة تراضٍ ، كما لا يخفى ، وسيأتي في المادة (١٢٢٨) ما يؤيد هذا . نعم لا بد من بيان وجه الفرق بين قسمة الميراث حيث تصح بغير امر القاضي ، موقوفة على اجازة الغائب ونحوه ، وبين قسمة المشري حيث لا تصح الا بامره ، فليحرر . ولعل الفرق يؤخذ من قولهم ان ملك المورث هو ملك خلافة عن الميت ، فهو باق على ملك الميت قبل القسمة ، ولهذا ينتصب بعضهم خصماً عن الباقين فيه ، كما صرحوا به ، بخلاف الملك بالشراء فانه ملك جديد لهم بشرائهم ، تامل .

المادة ١١٢٧ = ✻ كون القسمة عادلة يعني تعديل الحصص

بحسب الاستحقاق وعدم نقصانها فاحشاً لازم . فدعوى الغبن الفاحش في القسمة تسمع . لكن بعد اقرار المقسوم لهم باستيفاء الحق اذا ادعوا الغبن لا تسمع دعواهم ✻

قيد النقصان بكونه فاحشاً لانه لو يسيراً يدخل تحت تقويم المقومين لا تسمع الدعوى به ولا تقبل البينة عليه ، كما في ردالمحتار عن المنح . واطلق سماع دعوى الغبن فشمل ما اذا وقعت القسمة بالتراضي — لكن سماعها اذا كانت القسمة بالقضاء ، متفق عليه لان تصرف القاضي مقيد بالعدل والنظر ، وبظهور الغبن الفاحش يتبين عدمها ، فتبطل . واما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا تسمع لان القسمة بمعنى البيع فلا تنتقض بظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع . والصحيح انها تسمع لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة ، لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة . فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة ، وهو المعادلة ، فيجب نقضها — بخلاف البيع فانه غير مبني على المعادلة في القيمة (افاده الزيلعي) وبالثاني جزم اصحاب المتون وصححه اصحاب الشروح

وافادة هذه المادة ان دعوى الغبن الفاحش انما تسمع اذا لم يكن مدعيه قد اقر بالاستيفاء ، والا فلا تسمع ، للتناقض . وهكذا ذكر في التنوير تبعاً للخانية والمبسوط ، فقال : ولو ظهر غبن فاحش في القسمة ، بطلت . ولو كانت بالتراضي في الاصح . وتسمع دعواه ذلك ، ان لم يقر بالاستيفاء . وان اقر به لا تسمع دعوى الغلط والغبن ، للتناقض ، الا اذا ادعى الغصب ، فتسمع دعواه . وتمامه في الخانية اه (بزيادة من شرحه الدر)

لكن ذكر قبل هذا في التنوير ايضاً تبعاً لعامة المتون ، ما نصه : ولو ادعى احدهم ان من نصيبه شيئاً في يد صاحبه غلطاً وقد كان أقر بالاستيفاء ، لم يصدق الا ببرهان اه ومعلوم ان دعوى الغبن الفاحش هي مسئلة من مسايل دعوى الغلط ، كما يعلم من الخانية وحاشية الشلبي . ولهذا لم يذكر احد من ارباب المتون مسئلة

دعوى الغبن الفاحش بعد الاقرار بالاستيفاء بعينها ، كما فعل في التنوير . فمن قال ان دعوى الغلط تسمع ولو كان اقر بالاستيفاء بخلاف دعوى الغبن الفاحش ، فقد اخطأ . ولان الغبن انما ينشأ عن الغلط . وحقق في رد المحتار ان في سماع دعوى الغلط والغبن الفاحش بعد الاقرار بالاستيفاء روايتين ، مشت المتون قاطبة على رواية السماع ، لما قاله صدر الشريعة من ان وجه رواية المتون انه اعتمد على فعل القاسم في اقراره ، ثم لما تأمل حق التأمل ظهر الغلط في فعله ، فلا يؤآخذ في ذلك الاقرار عند ظهور الحق اه

ومشى في الخانية والمبسوط على رواية عدم السماع للتناقض . قال في رد المحتار : المرجح ما في المتون ، لانها الموضوعة لنقل المذهب . لما عليه الفتوى وعبارة متن المواهب : تقبل بينته ، وقيل لا . وفي الاختيار : وقيل لا تقبل دعواه للتناقض . فافاد عدم اعتماد الثانية ، يعني رواية الخانية والمبسوط اه

اقول : ما في الخانية والمبسوط استحسنه صاحب الهداية واقره شراحها وافتى به مفتي الروم علي افندي كما في فتاواه . ونقله عن الظهيرية وافتى به في الحامدية والخيرية والتمرتاشية . ولهذا مشت عليه المجلة كما سمعت .

ونقل في حاشية الشلبي على الزيلعي عن كافي الحاكم الشهيد ما نصه : وقال ابو يوسف ومحمد في رجل مات وترك داراً وابنين فاقتسما الدار واخذ كل واحد نصيبه واشهدا على القسمة والقبض والاستيفاء ثم ادعى احدهما بيتاً في يد صاحبه غلطاً ، لم يصدق في ذلك الا ان يقر صاحبه . فعلم بهذا ان لا تقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية . وذلك لانهما اذا اشهدا على الوفاء فقد اقر كل منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام . فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض اه

وقوله « الا ان يقر صاحبه » اي لان التناقض يرتفع بتصديق الخصم . وعن هذا قيل كما في رد المحتار : المراد بالبرهان في قول المتون « لا يصدق الا ببرهان » هو اقرار الخصم بالغلط . وقيل المراد بالغلط في عبارة المتون الغصب ، اذ لا شبهة في ان دعوى الغصب بعد الاقرار بالاستيفاء مسموعة لعدم التناقض . وبهذا جزم في تكملة فتح القدير لقاضي زاده حيث قال ان المراد بدعوى الغلط في عبارة الهداية الموافقة لعبارات المتون ، ان تكون على وجه يتضمن دعوى الغصب بعد الاستيفاء ،

فهو لا يناقض الاقرار باستيفاء حق من قبل كما لا يخفى اه وما احسن ما وفق به في الحامدية اخذاً من توجيه صدر الشريعة السابق حيث حمل ما في المتون على ما اذا اقتسما واقر بالاستيفاء معتمداً في القسمة على قول الامين . وحمل ما في الخانية على ما اذا باشر القسمة بنفسه واقر بالاستيفاء

﴿ تتمة ﴾

ذكر في التنوير وشرحه الدر بعد قوله « ولو ادعى بعضهم ان من نصيبه شيئاً في يد صاحبه غلطاً الخ » كانقلناه آنفاً ما نصه : وان قال قبضته فاخذ شريكي بعضه وانكر شريكه ذلك ، حلف لانه منكر ، اي والآخر يدعي عليه الغصب . وان قال قبل اقراره بالاستيفاء بحيث لم يحصل منه اقرار اصلاً اصابني من كذا الى كذا ولم يسلمه الي و كذبه شريكه ، تحالفا وتفسخ القسمة ، كالاختلاف في قدر المبيع . ولو اقتسما داراً واصاب كلاً طائفة فادعى احدهما بيتاً في يد الآخر انه من نصيبه وانكر الآخر ، فعليه البينة لانه مدع . وان اقاماها فالعبرة لبينة المدعي لانه خارج ، فترجح بينته على بينة ذي اليد . هذا اذا اشهدا على القبض ، والا تحالفا وفسخت . وكذا لو اختلفا في الحدود بأن قال احدهما هذا الحد لي قد دخل في نصيبي وقال الآخر كذلك واقاما البينة ، يقضي لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه ، وان لاحدهما بينة ، قضى له . وان لم تقم لواحد تحالفا كما في البيع اه (بزيادة من حاشية رد المحتار)

﴿ تنبيهات ﴾

الاول : لو تقاسما وقبض كل حصته وابرأ صاحبه الابراء العام لا تسمع من احدهما الدعوى بالغبن الفاحش ، كما في منهوات الانقروية عن نقد الفتاوى . ويؤيده ما سيأتي في المادة ١٥٦٣ من ان الابراء العام يسقط الحقوق التي قبل الابراء . وفي المادة (١٥٦٥) ان من ابرأ آخر عاماً ليس له ان يدعي عليه بحق قبل الابراء . وكذا ما في الحامدية : اذا اقر الرجل بأنه لا حق له قبل فلان ، دخل تحت البرائة كل حق هو مال او ليس بمال الخ . لكن يشكل عليه ما نقله

في الحامدية عن القنية رامزاً الى فتاوى برهان : قسما ارضاً مشتركة واقر كل واحد منهما انه لا دعوى له على صاحبه وزرع نصيبه ثم اراد احدهما الفسخ بالغبن ، فله ذلك اذا كان الغبن فاحشاً عند بعض المشايخ اه . فان هذا اللفظ من الفاظ الابراء العام ، كما علمت . وسيأتي التصريح بذلك في المادة (١٥٦١)

ولعل الخلاف الجاري في سماع دعوى الغبن بعد الاقرار بالاستيفاء جارٍ ايضاً في سماعها بعد الابراء وما تقدم عن القنية جار على احد القولين ، وهو ما في المتون في سماعها . لكن لا يخفى ان المانع من سماعها بعد الاقرار بالاستيفاء هو التناقض ، وهو في محل الخفاء عفو . والمانع من سماعها بعد الابراء هو سقوط الحق بالابراء ، والساقط لا يعود ، فلا ينبغي ان يكون الخلاف الجاري في الاول جارياً في الثاني ، فتأمل .

الثاني : تقدم في المادة (٣٥٩) ان المشتري المغرور اذا اطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه ، فهل اذا اطلع احد المتقاسمين على الغبن الفاحش ثم تصرف في حصته بنحو اجارة او ركوب دابة يسقط حق فسخه ايضاً ، لم اره منقولاً ، فليحرر بالنقل الصريح ، اذ ليس لنا ان نقيس مسئلة في القسمة على مسئلة في البيع ، فافهم .

الثالث : يؤخذ من جواب سؤال في تنقيح الحامدية : رفع اليه سنة ١١٤٨ ان حضور احد المتقاسمين بيع الآخر حصته وتصديقه على صحة البيع وانه لا مطعن له فيه له حكم الاقرار بالاستيفاء ، فلا تسمع منه دعوى الغبن الفاحش بعد ذلك ، على ما ذكر في الخانية والمبسوط : ومشت عليه المجلة . وتسمع على ما ذكر في المتون ، فراجعه .

المادة ١١٢٨ — ✻ يشترط في قسمة التراضي رضى كل واحد من المتقاسمين . بناء عليه اذا غاب احدهم لا تصح قسمة التراضي . واذا كان في جملتهم صغير فوليّه او وصيّه قائم مقامه ، وان لم يكن

للصغير ولي ولا وصي كان موقوفاً على امر الحاكم فينصب وصي من طرف الحاكم وتصير القسمة بمعرفته ✻

المراد بعدم الصحة في قوله « لا تصح » عدم النفاذ ، لما تقدم في المادة (١١٢٦) من انها تصح موقوفة على اجازة الغائب او اجازة الصغير بعد بلوغه او اجازة وليه او وصيه او القاضي عند عدمها . وهذا اذا كان ما اقتسموه مملوكاً لهم بالارث . فلو بالشراء ، فلا بد لصحة القسمة من اذن القاضي لهم بها ، والا تكون باطلة كما نقلناه في شرح المادة المذكورة عن الدر معزياً للمنية . وتقدم تمام الكلام على ذلك هناك فارجع اليه .

وقد افادت هذه المادة ان امر القاضي للشركاء ولوصيه المنصوب على الصغير بالقسمة لا يخرج القسمة عن كونها بالتراضي ، فهي مؤيدة لما قلناه هناك فتفطن واعلم ان المجنون له حكم الصغير ، كما في رد المحتار .

المادة ١١٢٦ ✻ الطلب في قسمة القضاء شرط فلا تصح القسمة جبراً من الحاكم الا بطلب احد اصحاب الحصص ✻

عبارة الدرر وغيره : وسببها طلب الشركاء او احدهم ، الانتفاع بحصته — حتى اذا لم يوجد منهم الطلب لم تصح القسمة اهـ واعلم انه لو حضر الشركاء عند القاضي وفي ايديهم اعيان مشتركة فان كانت تلك الاعيان نقلية قسمها بينهم بطلبهم او بطلب احد منهم جبراً بمجرد اعترافهم بالاشتراك فيها اتفاقاً ، سواء ادعوا الملك بالارث او بسبب غيره كالشراء والاتهاب ، او الملك المطلق عن السبب . ومن النقلي البناء والاشجار حيث لم تتبدل المنفعة بالقسمة . وان تبدلت فلا جبر . وكذا الحكم ان كانت عقاراً وادعوا الملك بسبب غير الارث ، او الملك المطلق ، يعني انه يقسمها اتفاقاً على الصحيح . وقيل : روي عن ابي حنيفة في

غير رواية الاصول أن القاضي لا يقسم العقار المشتري بينهم ، فسوّى بين الشراء والارث . اما اذا ادعوه اي العقار بسبب الارث ، فعندهما الحكم كذلك ، فلم يفرقا بين المنقول والعقار المشترى وبين العقار الموروث . وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يقسم العقار الموروث حتى يبرهنوا على موت المورث وعدد الورثة . لهما ان اليد دليل الملك ، لانه في ايديهم ولا منازع لهم ولا منكر لتقوم عليه البينة . ويذكر القاضي في كتاب القسمة انه قسم باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم ، حتى لا يعتق امهات اولاده ومدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم — بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة .

ولابي حنيفة ان القسمة ، قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة ، حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها ، بخلاف ما بعد القسمة . واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه ، فلا بد من البينة . وقد امكن ذلك بجعل احدهم خصماً عن الميت وغيره عن انفسهم . واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة عليه اذا كان في قبولها فائدة . الا ترى انه لو ادعى انسان على ميت ديناً فاقر الوارث به فاقام المدعي بينة ، فانها تقبل ، لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم . ويزاحم الغرماء . ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث ، فانه لا يثبت الا في حقه خاصة . وكذا الوصيّ اذا اقر بالدين تقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره ، وهذا بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظراً ، لانه يخشى عليه التلف ، وفي القسمة حفظه . وجعله مضموناً على القابض والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض ، فلا حاجة الى قسمته بغير ثبوت . والمشترى زال عن ملك البائع قبل القسمة فلم تكن القسمة قضاء على الغير . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والكنز وشروحه .

ثم ان ما ذكرناه في العقار المدعي بالملك المطلق من ان القاضي يقسمه بينهم بمجرد اعترافهم بالاشتراك فيه ، هو رواية كتاب القسمة ، وهي رواية القدوري . وتخالفها رواية الجامع الصغير . قال في الهداية : وفي الجامع الصغير : ارض ادعاها رجلان واقاما البينة انها في ايديهما وارادا القسمة ، لم يقسمها حتى

يقيما البينة انها لهما ، لاحتمال ان تكون لغيرهما بوديعة او اعارة او اجارة . ثم قيل: هو قول ابي حنيفة خاصة . وقيل هو قول الكل ، وهو الاصح ، لان القسمة اما لحق الملك تتميماً للمنفعة ، او لحق اليد تتميماً للحفظ . فالاول يمتنع لعدم الملك ، والثاني غير محتاج اليه في العقار ، لانه محصن في نفسه (زيلعي) فقد شرط في هذه الرواية اثبات الملك بالبينة ولم يشترط في رواية القدوري ، بل فيها الاكتفاء باقرار الشركاء . ونقل في تكملة فتح القدير عن تاج الشريعة ان اختلاف الروايتين لاختلاف الوضع . فموضوع رواية القدوري في كتاب القسمة فيما اذا ادعيا الملك ابتداء . وموضوع رواية الجامع الصغير فيما اذا ادعيا اليد ابتداء ، فافترقا . بيانهما : ادعى الملك ابتداء واليد ثابتة ومن في يده شيء يقبل قوله انه ملكه ما لم ينازعه غيره ، اذا الاصل ان الاملاك في يد الملاك فيعتبر هذا الظاهر وان احتمل ان يكون ملك الغير ، لانه احتمال بلا دليل ، فيقسم القاضي بينهما بناء على الظاهر . اما اذا ادعيا اليد واعرضا عن ذكر الملك مع حاجتهما الى بيانه ، لانهما طلبا القسمة من القاضي والقسمة في العقار لا تكون الا بالملك ، فلما سكتوا عنه دل على ان الملك ليس لهما ، فتأكد ذلك الاحتمال السابق ، فلا يقبل قولهما بعد ذلك الا باقامة البينة ليزول هذا الاحتمال . وهذا معنى قوله في الجامع الصغير «لاحتمال ان يكون لغيرهما» فتبصر اه ونقل مثله في حاشية ابي السعود ، وكذا في رد المحتار عن المقدسي . وعن القرمية ، وقال: وهو الظاهر من عبارة الهداية : واذا حضر وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومنهم وارث غايب ، قسمها القاضي بطلب الحاضرين ، وينصب وكيلاً يقبض نصيب الغائب . وكذا لو كان مكان الغائب صبي ، يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه ، لان فيه نظراً للغائب والصغير ، ولا بد من اقامة البينة اي على الوفاة وعدد الورثة في هذه الصورة ايضاً ، عنده خلافاً لهما ، كما ذكرناه من قبل (هداية) اي فيما اذا كان كل الورثة كباراً حاضرين . وهذا هو المراد بقول الدرر «ولا بد من البينة على اصل الميراث» لانه لا بد من اقامة البينة على جهة الارث كالابوة والاخوة ونحوهما . هذا ما حققه في رد المحتار . وعبارة الهندية عن الكافي كالصريحة في ذلك ، فافهم .

وان كان العقار في يد الوارث الغائب او شيء منه ، لم يقسم باقرار الحضور . وكذا اذا كان في يد مودَعه . وكذا اذا كان في يد الصغير او شيء منه لم يقسم (هندية) اي لئلا يلزم القضاء عليهما باخراج شيء مما في ايديهما بلا خصم حاضر عنهما . ولا فرق في هذا بين اقامة البينة اي على الارث وعدمها . هو الصحيح ، كما في الهداية والتبيين والهندية .

والتقييد « بالوارثين » في قول الهداية في عبارته السابقة « واذا حضر وارثان » ، للاحتراز عما اذا حضر وارث واحد ، فإنه لا يقسم ، وان اقام ذلك الوارث البينة على موت الوارث وعدد الورثة اتفاقاً . اما عند ابي حنيفة القائل بلزوم اقامة البينة على ذلك ، فلأن الواحد لا يصلح مخاصِماً ومخاصَماً . واما عند الامامين القائلين بلزوم ذلك ، فلأن الواحد لا يصلح مقاسِماً ومقاسَماً ، فلا بد من حضور اثنين اذا كان احد الورثة غائباً او صغيراً ، ولو كان احد الاثنين صغيراً او موصى له ، لان الموصى له شريك بمنزلة الوارث ، والصغير يمكن للقاضي ان ينصب عنه وصياً .

واعلم ان هاهنا مسئلة لا بد من معرفتها ، وهي ان القاضي اذا اراد ان ينصب وصياً على الصغير ، فان كان لاجل ان ينتصب خصماً عن الصغير كما اذا حضر وارث واحد وطلب قسمة عقار الميت ، فليس للقاضي ان ينصبه ما لم يكن الصغير حاضراً ، لانه اذا كان غائباً لا تصح الدعوى عليه ، فلم يتوجه عليه الجواب . والوصي انما نصبه ليجيب خصمه . وان كان لاجل قبض مال الصغير كما اذا حضر اثنان وطلبا من القاضي قسمة عقار الميت وفي الورثة صغير غائب ، كان للقاضي ان ينصبه ، لان نصبه هنا انما هو لقبض حصة الصغير لا لتصحيح الدعوى وجواز القسمة ، لان ذلك موجود قبل القسمة بجعل احد الوارثين خصماً عن الميت والثاني خصماً عن نفسه وعن سائر الورثة ، فلم يلزم القضاء على الغائب . هذا خلاصة ما في الدر وحواشيه والكنز وشروحه والهندية وحاشية ابي السعود .

وهذا كله اذا كان العقار مشتركاً بالارث . كالشراء والاتهاب ونحوهما ، فان القاضي لا يقسم بينهم بطلب بعضهم ، واحداً كان او اكثر اذا كان بعض الشركاء غائباً وان اقاموا البينة على الشراء ، لان في الشراء لا يصلح الحاضر خصماً عن

الغائب ، بخلاف الارث فان ملك الارث ملك خلافة — حتى يرد بالعيب على بائع المورث ويرد عليه ، فانتصب احدهم خصماً عن الميت فيما في يده ، والآخر عن نفسه ، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتقاسمين . واما الملك الثابت بالشراء فملك جديد بسبب باشره في نصيبه ، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه ، فلا ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب ، فتكون البينة في حق الغائب قائمة بلا خصم ، فلا تقبل (افاده في الدرر وغيره)

ولا فرق في هذا بين ان تكون الاعيان المشتراة عقاراً او منقولاً كما في الخانية .

﴿ تتمة ﴾

في رد المحتار : الشركة اذا كان اصلها الميراث فجرى فيها الشراء بأن باع واحد نصيبه او كانت اصلها الشراء فجرى فيها الميراث — بأن مات واحد منهم ، ففي الوجه الاول يقسم القاضي اذا حضر البعض ، لا في الثاني ، لانه في الاول قام المشتري مقام البائع في الشركة الاولى وكانت اصلها وراثة . وفي الثاني قام الوارث مقام المورث في الشركة الاولى وكان اصلها الشراء ، فينظر في هذا الباب الى الاول (ولوالجية وغيرها)

وفي الهندية : في المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : اذا اشترى رجل من احد الورثة نصيبه ثم حضرا يعني البائع والمشتري وطلبا القسمة ، فالقاضي لا لا يقسم بينهما حتى يحضر وارث آخر غير البائع . ولو اشترى منه نصيبه ثم ورث البائع شيئاً بعد ذلك او اشترى ، لم يكن خصماً للمشتري في نصيبه الاول في الدار حتى يحضر وارث آخر غيره . ولو حضر المشتري من الوارث ووارث آخر وغاب الوارث البائع واقام المشتري بينة على شرائه وقبضه وعلى الدار وعدد الورثة — فان كان المشتري قبض الدار وسكنها معهم ثم طلب القسمة هو ووارث آخر غير البائع واقام البينة على ما ذُكر ، فالقاضي يقسم الدار . كذلك اذا طلبت الورثة دون المشتري فالقاضي يقسم الدار بينهم بطلبهم وجعل نصيب الغائب في يد المشتري ولا يقضي بالشراء . وان لم يكن المشتري قبض الدار ، عزل نصيب الوارث الغائب ولا يدفع الى المشتري . وان

كان المشتري هو الذي طلب القسمة وابى الورثة ، لم اقسم ، لاني لا اعلم انه مالك ، ولا اقبل بينة على ما اشترى ، والبائع غائب

وفيه ايضاً عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : دار بين رجلين باع احدهما نصيبه وهو مشاع من رجل ثم ان المشتري امر البائع ان يقاسم صاحب الدار ويقبض نصيبه فقاسمه ، لم تجز القسمة اه .

وذكر في الخانية : انه لو مات الرجل وترك امرأة حاملاً وابناً فان القاضي لا يقسم الميراث حتى تلد . فان كان الوارث اكثر من واحد ولم ينتظروا الولادة ، ان كانت الولادة بعيدة ، يقسم . وان كانت قريبة ، لا يقسم . ومقدار القرب والبعد مفوض الى رأي القاضي . واذا قسمت التركة يوقف نصيب الحمل .

واختلفوا في مقدار ما يوقف للحمل . والفتوى على انه يوقف نصيب ابن واحد . هذا اذا كانت الورثة ممن يرثون مع الحمل ان كان ابناً — فان كانوا لا يرثون مع الابن بأن مات عن اخوة وامرأة حامل ، يوقف جميع التركة ولا يقسم ، لان في حق الاخوة في طلب القسمة شكاً ، فلا يقسم اه .

المادة ١١٣٠ — ﴿ اذا طلب احد اصحاب الحصص القسمة وامتنع الآخر فعلى ما سيبين في الفصل الثالث والرابع ان كان المال المشترك قابلاً للقسمة يقسم الحاكم جبراً والا فلا يقسم ﴾

وانما لكل واحد من الشركاء ان يسكن في بعض الدار مثلاً بقدر حصته كما في الفصل (٣٤) من العمادية ، وبه افتى في الحامدية .

وانظر اذا طلب احدهما ذلك والآخر المهايأة ايهما يقدم ، وهي تقع كثيراً ، يقول لي خشبة اسكن تحتها ، فليحرر . والجواب يظهر مما سيأتي من ان الاصح ان القاضي يجبر على المهايأة بطلب احدهما رد المحتار . وذكر في الدر : دار وحانوت بين اثنين لا يمكن قسمتها تشاجرا فيه فقال احدهما لا اكري ولا

انتفع وقال الآخر اريد ذلك ، امر القاضي بالمهايأة ثم يقال لمن لا يريد الانتفاع : ان شئت فانتفع . وان شئت فاغلق الباب اه

وبهذا ظهر ان امر القاضي لهم بالمهايأة بدون طلب احد منهم كما زعم الشارح سليم باز لا قائل به ، فافهم

المادة ١١٣١ — ✷ قابل القسمة هو المال المشترك الصالح للتقسيم بحيث لا تفوت المنفعة المقصودة من ذلك المال بالقسمة ✷

وهي المنفعة التي كانت قبل القسمة فلا يقسم ، نحو الحمام . وان كان ينتفع به بعد القسمة لربط الدواب ونحوه ، قال في الدر عازياً للمجتبى حانوت لهما يعملان فيه طلب احدهما القسمة — ان امكن لكل ان يعمل فيه بعد القسمة ما كان يعمل فيه قبلها ، قسم ، والا لا اه — الا اذا رضي الجميع بقسمته ، فانها تصح . وهذا ظاهر في ان نحو الحمام والطاحون اذا كان كبيراً يمكن لكل من الشريكين الانتفاع به كما كان بان كان الحمام ذا خزانتين والرحى ذا حجرين يقسم . ولذا افتى في الحامدية بقسمة معصرة زيت لاثنين مناصفة وهي مشتملة على عودين ومطحنين وبئرين للزيت قابلة للقسمة بلا ضرر ، مستدلاً بما في خزانة الفتاوى : لا يقسم الحمام والحائط والبيت الصغير اذا كان بحال لو قسم ، لا يبقى لكل موضع يعمل فيه اه (افاده في رد المحتار)

(الفصل الثالث)

✷ في بيان قسمة الجمع ✷

وهي جمع الحصص الشائعة في كل فرد من افراد الاعيان المشتركة في اقسامها كما تقدم في المادة ١١١٥

المادة ١١٣٢ - ✻ تجري قسمة القضاء في الاعيان المشتركة المتحدة الجنس يعني ان الحاكم بطلب احد الشركاء يقسم سواء كان ذلك من المثليات او القيميات ✻

لان القسمة تمييز الحقوق ، وذلك ممكن في الصنف الواحد كالابل اوالبقر او الغنم او الثياب او الدواب اوالحنطة او الشعير ، يقسم كل صنف من ذلك على حدة (رد المحتار عن الجوهرة)

المادة ١١٣٣ = ✻ لعدم الفرق والتفاوت بين افراد المثليات المتحدة الجنس فقسمتها مع كونها غير مضرة باحد الشركاء يكون كل واحد قد استوفى حقه وحصل على تمامية ملكه بها . كما لو كان مقدار حنطة مشتركاً بين اثنين ففي قسمة ذلك بينهما على حسب الحصص واستيفاء كل ما اصاب حصته من الحنطة يكون مالكاً لها مستقلاً . ومن هذا القبيل سبيكة ذهب كذا درهماً او سبيكة فضة كذا اوقية او قطعة نحاس او حديد كذا وزناً او مقدار كذا من ثوب جوخ متحد الجنس او كذا ثوب بزٍ او عدد كذا من البيض ✻

لما ذكر في المادة التي قبل هذه ان قسمة القضاء وهي المساة بقسمة الجبر، تجري في الاعيان المتحدة الجنس، اعم من ان تكون مثليات او قيميات، اعقبها بالتفصيل . فافاد هنا ان وجه جريان قسمة الجبر في المثليات المتحدة الجنس هو انه لما كانت

افراد المثليات غير متفاوتة وكان معنى الافراز والتمييز فيها غالبًا كما تقدم ، صار كل واحد من المتقاسمين مستوفيًا كامل حقه ، يعني عينه ، لان المأخوذ نصفه عين حقه حقيقة ونصفه الآخر عين حقه حكمًا ، لوجود المماثلة ، فلا مبادلة حكمًا ، ولا ضرر على احد بعد استيفائه عين حقه فلم يشترط رضاه ولهذا لا يثبت فيها خيار الشرط ولا خيار الرؤية كما سيأتي في المادة (١١٥٥)

وقد استفيد من قوله « كذا درهمًا ومن قوله كذا اوقية الخ » ، ان استيفاء كل كامل حقه لا يتم الا اذا كانت قسمة المكيل بالكيل والموزون بالوزن والمذروع بالذرع والمعدود بالعد ، كما تقدم ويأتي .

وان المراد بالمثلي ما لا تتفاوت افراده بالقيمة المعتد بها ، اعم من ان يكون من الاموال الربوية او من غيرها .

واشار بقوله « سبيكة ذهب الخ » الى انه لو كان مصوغًا او دخلت فيه الصنعة كالابريق من النحاس والقمقم ونحو ذلك ، يخرج عن كونه مثليًا فلا يقسم جبرًا كما تقدم في المادة (١١١٩) ويأتي في المادة (١١٣٦)

المادة ١١٣٤ ـ ✻ القيميات المتحدة الجنس وان وجد فرق وتفاوت بين افرادها لكن بحسب كونه جزئيًا صار كأنه لم يكن وعدت قابلة القسمة ايضًا على ما مر . مثلًا خمسماية شاة مشتركة بين اثنين اذا قسمت نصفين فكانما اخذ كل واحد منهما عين حقه . ومن هذا القبيل ايضًا ماية جمل وماية بقرة ✻

يعني ان وجه جريان قسمة الجبر في القيميات المتحدة الجنس مع ان معنى المبادلة فيها غالب والمبادلة لا يجري فيها الجبر لانها تعتمد الرضى ، انه اذا كان التفاوت بين افرادها جزئيًا تصير ملحقة بالمثليات ، وذلك كالحيوانات من جنس واحد

كغنم كثير وبقر كذلك . ويستثنى من ذلك الرقيق كما في التنوير وغيره . قال في رد المحتار : لان التفاوت في الآدمي فاحش فلا يمكن ضبط المساواة لان المعاني المقصودة منه العقل والفطنة والصبر على الخدمة وغير ذلك ، وذلك لا يمكن الوقوف عليها فصاروا كالاجناس المختلفة — بخلاف سائر الحيوانات ، لان تفاوتها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد اه

وهذا عند ابي حنيفة . وقالا لا فرق بين الرقيق وغيره من الحيوانات . قال الزيلعي : وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شيء من العروض ، وهم ذكور فقط او اناث فقط . واما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث ، لا يقسم بالاجماع ، لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ، ولا يقسم الجنسان . وان كان مع الرقيق شيء آخر مما يقسم ، جازت القسمة في الرقيق تبعاً لغيرهم بالاجماع . ويجبرهم القاضي بطلب البعض ، وكم من شيء يدخل تبعاً وان لم يجز دخوله قصداً اه

اقول : والظاهر ان الخيل الجياد يعني الاصايل مع الخيل العجمية المساة عند العامة بالكدش ، جنسان ، لفحش التفاوت بينها في القيمة ، ولان المعاني المقصودة منها مختلفة ، فلا يقسم بعضها في بعض بأن يعطي احد الشريكين كديشين او اكثر والآخر بمقابلة ذلك اصيلة . وافاد قوله ان الذكر والانثى من الحيوانات ما عدا الرقيق جنس واحد ، انه لو اعطى القاضي احد الشريكين الانثى من الغنم الكثير والآخر الذكر منها ، يجبر الآبي على القبول . وفي النفس من ذلك شيء ، وهي ان المعنى المقصود من الذكر هو اللحم ومن الانثى غالباً النسل واللبن ، وقد يريد احدهما الانثى للمعنى الثاني فكيف يجبر عليها ، فليحرر فان البحث لا يعارض النص .

المادة ١١٣٥ — ✻ لا تجري قسمة القضاء في الاجناس المختلفة يعني في الاعيان المشتركة المختلفة الجنس سواء كانت من المثليات

او من القيميات يعني لا يسوغ للحاكم ان يقسمها قسمة جمع جبراً بطلب احد الشركاء مثلاً بان يعطي الى احد الشركاء مقدار كذا حنطة وفي مقابله لآخر مقدار كذا شعيراً او الى احدهم غنماً وفي مقابله مقدار كذا ابلاً او بقراً والى واحد سيفاً والى آخر سرجاً او الى احدهما داراً والى آخر دكاناً او ضيعة بطريق قسمة القضاء لا يجوز . اما اعطاؤهم ذلك على الوجه المشروح حال كونه بالتراضي بينهم قسمة رضاء فانه يجوز ✻

لوقوع القسمة حينئذ معاوضةً لا تمييزاً ، فتعتمد التراضي دون جبر القاضي ، لان ولاية الاجبار للقاضي تثبت بمعنى التمييز لا المعاوضة (كذا في الدر وحواشيه)

المادة ١١٣٦ ـ ✻ الاواني المختلفة بحسب اختلاف الصنعة ولو كانت مصنوعة من جنس معدن واحد تعد مختلفة الجنس ✻

عبارة الهندية عن العناية : والاواني المتخذة من اصل واحد كالاجانة والقمقمة والطست المتخذة من صفر ، ملحقة بمختلفة الجنس فلا يقسمها القاضي جبراً اه اي لا يجوز ان يعطي احد الشريكين اجانة والاخر قمقمة وطستاً ، وان كان الوزن واحداً ، لان الجنس وان اتحد حقيقة لكنه باختلاف الصنعة مختلف حكماً . والظاهر ان الحكم كذلك لو كان المشترك قمقمتين او طستين وصنعتهما مختلفة ، اما لو كانت صنعتهما واحدة ووزنهما واحداً فلا شبهة في جواز قسمته جبراً ، اذ ليس فيه اختلاف اصل ولا صنعة ، فهو داخل في متحد الجنس ، فافهم .

المادة ١١٣٧ — ✻ الحلي وكبار اللؤلؤ والجواهر ايضاً من الاعيان المختلفة الجنس . واما الجواهر الصغيرة مثل اللؤلؤ الصغير الذي لا تفاوت في قيمته بين افراده واحجار الالماس الصغيرة فأنها تعد متحدة الجنس ✻

عبارة الدرر عند قول المتن « ولا تقسم الجواهر » قيل : اذا اختلف الجنس كاللآلي واليواقيت ، لا يقسم ، لان الجنس لما اختلف لم يتحقق معنى القسمة ، وهو تكميل المنفعة . وقيل لا يقسم الكبار منها لفحش التفاوت ، ويقسم الصغار لقلة التفاوت . وقيل الجواب مجرى على اطلاقه لان جهالة الجواهر افحش من جهالة الرقيق . ولهذا لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية . ولو خالع او تزوج على عبد ، يصح ، فاولى ان لا يجبر على القسمة اه فانت ترى ان المجلة قد مشت على القول الثاني وهو الوسط ، وخير الامور اوساطها .

المادة ١١٣٨ — ✻ الدور المتعددة والدكاكين والضياع ايضاً مختلفة الجنس فلا تقسم قسمة جمع مثلاً بان يعطي الى احد الشركاء من الدور المتعددة واحدة والى آخر اخرى بطريق قسمة القضاء لا يجوز بل تقسم كل واحدة منها قسمة تفريق على الوجه الآتي ✻

الدكاكين جمع دكان ، وهي الحانوت ، والضياع جمع ضيعة ، وهي عرصة

غير مبنية ، كما في رد المحتار . وظاهر هذه الترجمة ان الدكاكين وحدها كالدور اجناس مختلفة ، فلا تقسم قسمة جمع . وظاهر المتون يخالفه ، فإن عبارة الكنز هكذا : دور مشتركة او دار وضيعة او دار وحانوت قسم كل واحدة على حدة . ومثله في التنوير والوقاية والدرر .

وعبارة القدوري : واذا كانت دور مشتركة في مصر واحد ، قسم كل دار على حدة في قول ابي حنيفة . وقالا : ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض ، قسمها . وان كانت داراً وضيعة او داراً وحانوتاً ، قسم كل واحد منهما على حدة ، لاختلاف الجنس اه ومثله في الملتقى .

نعم ذكر في الهداية ان الاقرحة المتفرقة المشتركة ، على هذا الخلاف الجاري في الدور . وهي جمع قراح ، قطعة من الارض على حيالها لا شجر فيها ولا ماء ، كما في رد المحتار . فالاقرحة والضياع بمعنى واحد كما ترى .

وفي الخانية ما نصه : واذا مات الرجل وترك ارضين او دارين فطلب ورثته القسمة على ان يأخذ كل واحد منهم نصيبه من كلا الارضين والدارين ، جازت القسمة وان قال احدهم للقاضي اجمع نصيبي من الدارين او الارضين في دار واحدة او ارض واحدة وابى صاحبه ، قال ابو حنيفة رحمه الله : يقسم القاضي كل دار وكل ارض على حدة ولا يجمع نصيب احدهم في دار واحدة ولا في ارض واحدة . وقال صاحباه : الرأي الى القاضي : ان رأى الجمع يجمع ، والا فلا اه .

والحاصل ان المستفاد من كلامهم متوناً وشروحاً وفتاوى ان الدكاكين المتعددة باقية على اصلها من انها وحدها جنس واحد ، فيقسمها القاضي قسمة جمع . واما الدور المتعددة ، فكذلك عندهما اذا كانت في مصر واحد لا في مصرين وكانت قسمتها كذلك اصلح لهم ، لان الدور ، جنس واحد نظراً الى اتحاد الاسم والصورة . واصل السكنى اجناس ، نظراً الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال ، فكان مفوضاً الى رأي القاضي . وقال ابو حنيفة ، وعليه المتون ، ان الدور اجناس مختلفة مطلقاً سواء كانت في مصرين او مصر واحد متصلة في بعضها او منفصلة ، لان المقصود يختلف باختلاف المحال

والجيران والقرب الى المسجد والماء ، اختلافاً فاحشاً ، فلا يمكن التعديل في القسمة ، فلا يجوز جمع نصيب كل واحد في دار ، الا بالتراضي (زيلعي) وتمام التعليل فيه .

وقد تقدم عن الهداية والخانية ان الخلاف المذكور ، جار في الاراضي والاقرحة ، وهي عين الضياع كما ذكرنا انفاً . والتقييد بكون الدور هي المختلفة الجنس ، للاحتراز عن البيوت ، والمنازل جمع منزل اصغر من الدار واكبر من البيت ، لانه دويرة صغيرة فيها بيتان او ثلاثة ، والبيت مسقف واحد له دهليز كما في رد المحتار . والحكم في البيوت انها تقسم قسمة جمع مطلقاً لتقاربها في معنى السكنى . واما المنازل فإن كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقاً بعضها ببعض ، قسمت قسمة واحدة ، والا فلا ، لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالتحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلاصقة ، وبالدار اذا كانت متباينة (كذا في الدرر وشرح مسكين والزيلعي وغيرها)

قال في رد المحتار : ولعل هذا في زمانهم ، والا فالمنازل والبيوت ولو من دار واحدة تتفاوت تفاوتاً فاحشاً في زماننا يدل عليه قولهم هنا «لان البيوت لا تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تؤجر اجرة واحدة في كل محلة» وكذا ما ذكروه في خيار الرؤية وافتاؤهم هناك بقول زفر من انه لا بد من رؤية داخل البيوت ، لتفاوتها تأمل اه

اقول : هذا البحث مع كونه مصادماً للمنقول ، فيه نظر ، لان التفاوت الذي يكون سبباً لاختلاف الجنس هو التفاوت في المقاصد ، وهي انما تختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء ونحو ذلك ، فان هذا هو الموجب لعدم امكان التعديل في القسمة . وهذا انما يوجد في الدور مطلقاً وفي المنازل اذا كانت متفرقة ، لا في البيوت من دار واحدة ولا في المنازل اذا كانت مجتمعة في دار واحدة متلاصقة ، كما هو ظاهر . واما اختلاف بيوت دار واحدة قيمةً وسعةً واحكاماً في البناء ونحو ذلك ، فلا يوجب اختلافها جنساً ، لان التعديل في قسمتها قسمة جمع ممكن ، لما صرحوا به من ان العرصة تقسم بالذرع والبناء بالقيمة ، فقد يعطي احد الشريكين بيتين او اكثر في مقابلة بيت واحد

ليحصل المعادلة . على ان قسمة كل بيت على حدة ، قد توجب ضرراً للجميع ، ولذا قال الزيلعي : واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة ، لان في قسمة كل بيت على حدة ضرراً ، بخلاف الدور اه مختصراً . واما ما استدل به على ما ادعاه و كذا ما استدل به الشارح سليم باز تأييداً له ، ففي معزل عن الدلالة عليه ، كما لا يخفى على من امعن النظر اليه فافهم .

(الفصل الرابع)

﴿ في بيان قسمة التفريق ﴾

المادة ١١٣٩ — ﴿ تفريق العين المشتركة وتبعيضها ان لم يكن مضراً باحد الشركاء فهي قابلة للقسمة . مثلاً لو قسمت عرصة وفي كل قسم منها تنشأ الابنية وتغرس الاشجار وتحفر الآبار . فبهذا الوجه المنفعة المقصودة من العرصة تكون باقية . كذلك دار فيها منزلان واحد للرجال وآخر للحرم ففي تفريقها وتقسيمها الى دارين لا تفوت منفعة السكنى المقصودة من المنزل . و كل واحد من الشركاء يصير صاحب دار مستقلاً . بناءً عليه قسمة القضاء تجري في العرصة والمنزل يعني احد الشركاء اذا طلب القسمة وامتنع الآخر فالحاكم يقسم ذلك جبراً ﴾

لان في القسمة تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة ، فكانت القسمة حقاً لهم ، فوجب على القاضي اجابتهم (زيلعي) .

﴿ تنبيه ﴾

قوله في هذه المادة « دار فيها منزلان الخ » يحتمل ان يكون المراد ان

المنزل مع الدار جنس واحد لانه داخل في مسمى الدار ، كما ان بيوت الدار كذلك ، فلا يقسم المنزل وحده كما لا يقسم كل بيت وحده ، بل تقسم الدار مع المنزل قسمة واحدة ، فتكون القسمة بالنسبة لمسمى الدار قسمة تفريق ، وبالنسبة لكون الدار للنساء والمنزل للرجال قسمة جمع .

ويحتمل ان يكون المراد ، ان منزل الرجال يقسم وحده قسمة تفريق ، ومنزل النساء وهي الدار كذلك ، نظراً لكون المنزل جنساً آخر ، دون الدار وفوق البيت كما تقدم في شرح المادة السابقة .

والظاهر الاول ، فان قوله « وكل واحد من الشركاء يصير صاحب دار مستقلاً » ربما يشير الى ذلك ، تأمل وحرر .

المادة ١١٤٠ — ✻ اذا كان تبعيض العين المشتركة وتفريقها نافعاً لبعض الشركاء ومضراً بالآخر يعني انه مفوت للمنفعة المقصودة فاذا كان الطالب للقسمة هو المنتفع فان الحاكم يقسمها حكماً . مثلاً اذا كان احد الشريكين في الدار حصته قليلة لا ينتفع بعد قسمتها بالسكنى فيها وصاحب الكثيرة يطلب قسمتها فالحاكم يقسمها قضاء ✻

هذا ما اعتمده الخصاف رحمه الله تعالى : ووجهه ، ان صاحب الكثير يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه . وهذا منه طلب الحق والانصاف فإن له ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي اجابته . ولا يعتبر تضرر الآخر لانه يريد ان ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وان لحقه بالمنع ضرر . اما لو طلب صاحب القليل مع انه لا ينتفع به ، لا يجيبه ، لانه متعنت في طلب الضرر على نفسه ، لان القاضي لا يشتغل بما لا يفيد . وذكر الجصاص على عكسه . وذكر الحاكم ان ايهما طلب القسمة يقسم

القاضي والاصح ما ذكره الخصاف (زيلعي)

المادة ١١٤١ - ✻ لا تجري قسمة القضاء في العين المشتركة التي تبعيضها وقسمتها يضر بكل واحد من الشركاء . مثلاً الطاحونة اذا قسمت فلا تستعمل طاحونة . فمن هذا الوجه تفوت المنفعة المقصودة فلا يسوغ للحاكم قسمتها بطلب احد الشركاء وحده . اما بالتراضي فتقسم وكذلك الحمام والبئر والقناة والبيت الصغير والحايط بين الدارين ايضاً . وكل ما كان محتاجاً الى الكسر والقطع من العروض فهو من هذا القبيل كالحيوان والسرج والعجلة والجبة وحجر الخاتم لا تجري قسمة القضاء في واحد منها ✻

لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذه تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض . وانما جاز ذلك بالتراضي لان الحق لهم وهم اعرف بحاجتهم . ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فايدة فيه ، ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من اقدم على اتلاف ماله في الحكم ، وهذا من جملته (زيلعي مختصراً)

ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة (١١٣١) عن رد المحتار من ان الحمام اذا كان كبيراً ذا خزانتين والرحى ذا حجرين والمعصرة ذات عودين ومطحنين وبئرين للزيت ، تقسم كالبيت الكبير ، لانه بحال لو قسم يبقى لكل موضع يعمل فيه كما كان يعمل قبل القسمة .

المادة ١١٤٢ = ✻ كما انه لا يجوز تقسيم اوراق الكتاب المشترك كذلك لا يجوز ايضاً تقسيم الكتاب المتعدد لاجزاء او

الجلود جلداً جلداً ✵

عبارة المنح عن جواهر الفتاوى ، هكذا : لا تقسم الكتب بين الورثة —ولكن ينتفع به كل واحد بالمهايأة . ولو اراد واحد من الورثة ان يقسم بالاوراق ليس له ذلك ولا يسمع هذا الكلام منه ولا يقسم بوجه من الوجوه . ولو كان صندوق قرآن ، ليس له ذلك ايضاً . ولو تراضوا جميعاً فالقاضي لا يأمر بذلك . ولو كان مصحف لواحد وسهم من ثلاثة وثلاثين سهماً منه لآخر ، فانه يعطي يوماً من ثلاثة وثلاثين يوماً حتى ينتفع . ولو كان ذا مجلدات كثيرة كشرح المبسوط ، فانه لا يقسم ولا سبيل للقسمة في ذلك . و كذا في اجناس مختلفة ، ولا يأمر الحاكم بذلك . ولو تراضيا ان تقوم الكتب ويأخذ كل واحد بعضها بالقيمة بالتراضي ، يجوز ، والا فلا اه فما في الدر من ان الكتب لا تقسم بالاوراق ولو برضاهم ، فالظاهر ان معناه كما في حاشية رد المحتار ان القاضي لا يباشر قسمتها ، لما مر ان القاضي لا يباشر ذلك ولا يمنعهم منه فافهم .

المادة ١١٤٣ — ✵ ينظر في الطريق المشترك بين اثنين فاكثر وليس لغيرهم فيه حق اصلاً حين طلب احدهم قسمته وامتناع الآخر: ان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد طريق يقسم . والا فلا يقسم جبراً الا اذا كان لكل واحد طريق ومنفذ غيره فانه في ذلك الحال يقسم ✵

كذا اطلقه الزيلعي . وذكر في الهندية ان بعض المشايخ قالوا : المسئلة محمولة على ان الطريق بينهم على السواء وكان بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لواحد منهم طريق ومنفذ . فاما اذا كان الطريق بينهم على التفاضل بحيث لو قسم بينهم لا يبقى لصاحب القليل ويبقى لصاحب الكثير ، فالقاضي يقسم بينهم بطلب صاحب

الكثير ، كما في مسئلة البيت اذا طلب صاحب الكثير القسمة — ومنهم من قال : الطريق لا يقسم في الحالين ، بخلاف البيت اهـ. فافادت هذه المادة تبعاً لاطلاق الزيلعي ان الثاني هو المعتمد . ثم ان المراد بالطريق المشترك بين اثنين ما كان داخل ملكهما كالمسمى بالدهاليز مثلاً ، لا ما يشمل السكة الغير النافذة ، لما في الحامدية من كتاب الحيطان ان سكة الغير النافذة ليس لاصحابها ان يبيعوها وان اجتمعوا على ذلك ولا ان يقتسموها فيما بينهم ، لان الطريق الاعظم اذا كثر فيه الناس كان لهم ان يدخلوا هذه السكة حتى يخف الزحام ، وعزاه للعمادية والبزازية فليتنبه .

المادة ١١٤٤ — ❊ المسيل المشترك ايضاً كالطريق المشترك اي اذا طلب احدهما القسمة وامتنع الآخر فان كان بعد القسمة يبقى لكل واحد مجرى لمائه او يتخذ كل مسيلاً في محل غيره يقسم والاّ فلا ❊

لان هذا والطريق سواء ، كما في الهندية عن المبسوط . والظاهر ان مساحة الدار ليست كذلك ، بل تقسم بطلب ذي الكثير اذا كان ينتفع بحصته وان لم ينتفع ذو الحصة القليلة ، كما هو الحكم في البيت . وما ذكره الشارح سليم باز عن الحامدية لا يدل على مدعاه ، الا ان يوجد نقل صريح في انه كالطريق ، فانهم .

❊ تنبيه ❊

ذكر في التنوير في باب دعوى الرجلين ما نصه : وذو بيت من دار فيها بيوت كثيرة ، كذي بيوت منها في حق ساحتها ، فهي بينهما نصفين كالطريق ، بخلاف الشرب اذا تنازعا فيه اهـ (مع زيادة من شرحه الدر) لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الاراضي ، فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه ، فيتقدر بقدر الاراضي — بخلاف الانتفاع بالساحة ، فانه لا يختلف باختلاف الاملاك

كالمرور في الطريق (زيلعي)

قال في تنقيح الحامدية بعد نقله ما ذكر : والحاصل انه اذا وقع اختلاف اصحاب البيوت في ساحة الدار ولا بينة ، تقسم الساحة على عدد رؤوسهم . فمن كان له بيت من تلك الدار يساوي من كان له عشرة بيوت ، لان انتفاع صاحب البيت بالساحة كانتفاع صاحب العشرة — بخلاف ما لو اختلفوا في شرب الاراضي ولا بينة ، فانه يقسم الشرب بينهم على قدر الاراضي لا على عدد رؤوسهم ، لان احتياج صاحب الاراضي المتعددة الى الشرب بينهم على قدر الاراضي لا على عدد رؤوسهم ، فيقسم بينهم على قدر اراضيهم عملاً بالظاهر .

والذي يظهر لي ويتعين المصير اليه ان هذا كله عند عدم ظهور الحال ، حتى لو باع صاحب البيوت العشرة بيوته من عشرة رجال لكل رجل بيتاً ، كان نصف الساحة الذي كان للبائع منقسماً بينهم اعشاراً ، ويبقى النصف للشريك الاول صاحب البيت الواحد . وكذا لو مات الشريك الاول صاحب البيت الواحد عن عشرين ولداً مثلاً ، لا ينتقل اليهم ، الا ما كان يملكه مورثهم ، وهو نصف الساحة . وكذا لو كانت هذه الدار كلها لرجل واحد فمات عن ورثة ، تكون الساحة على قدر ارث كل واحد منهم ، لا على قدر رؤوسهم . وكذا يقال في شرب الاراضي . هذا ما ظهر لي تفقهاً وان لم اره منقولاً صريحاً . ولكن القواعد تقتضيه اه ما في التنقيح .

اقول : وهو تفقه حسن موافق للمنقول . ففي تكملة رد المحتار عن القنية : الطريق يقسم على عدد الرؤوس لا بقدر الاملاك اذا لم يعلم قدر الانصباء . وفي الشرب متى جهل قدر الانصباء يقسم على قدر الاملاك لا الرؤوس اه فإن قوله « اذا لم يعلم قدر الانصباء » وكذا قوله « متى جهل قدر الانصباء » هو عين ما تفقه به رحمه الله تعالى . وقد علمت ان ساحة الدار كالطريق فما اطلقه الشارح سليم باز نقلاً عن الحامدية محله التقييد ، فليتنبه له .

المادة ١١٤٥ — ❊ كما انه يجوز ان يبيع شخص طريقه الملك على ان يبقى له حق المرور يجوز ايضاً ان يقتسم اثنان عقارها

المشترك بينهما على ان تكون رقبة الطريق المشترك يعني ملكيّته لاحدهما وللثاني حق المرور فقط ✻

قال في الهندية : واذا كانت الدار بين رجلين اقتسماها فاخذ احدهما قدر النصف واخذ الآخر قدر الثلث ورفعا طريقاً بينهما قدر السدس ، فذلك جائز . وكذلك اذا شرطا ان يكون الطريق لصاحب الاقل وللآخر فيه حق المرور . وذكر شمس الائمة السرخسي ما يدل على جواز هذه القسمة على الروايات كلها ، وان كان في حق جواز بيع حق المرور روايتان ، قال : بان كان عين الطريق مملوكاً لهما وكان لهما حق المرور فيه . وقد جعل احدهما نصيبه من رقبة الطريق ملكاً لصاحبه عوضاً عن بعض ما اخذه من نصيب صاحبه بالقسمة وبقي لنفسه حق المرور . وهذا جائز بالشرط كمن باع طريقاً مملوكاً له من غيره ، على ان يكون له حق المرور فيه ، وكمن باع السفل على ان له حق قرار العلو ، فانه يجوز ، كذا هذا اه .

وفي التنوير : ولو شرطوا ان يكون الطريق في قسمة الدار على التفاوت ، جاز . وان كان سهامهم في الدار متساوية ، لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة اه .

المادة ١١٤٦ — ✻ كما يجوز ترك الحائط الفاصل بين الحصتين مشتركاً في تقسيم الدار بين الشريكين تجوز ايضاً القسمة على جعله ملكاً لاحدهما خاصة ✻

لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة ، كما في الدر . واذا وقع الحائط لاحد في القسمة وعليه جذوع الآخر واراد صاحب الحائط ان يرفع الجذوع عن الحائط ليس له ذلك ، الا ان يكونا شرطا في القسمة رفع الجذوع ، سواء كان الجذوع لاحدهما على الخصوص قبل القسمة

والحائط بينهما ، او كان السقف والجذوع مع الحائط مشتركاً بينهما ثم صار الحائط لاحدهما بالقسمة ، والسقف والجذوع لآخر . و كذلك درج او درجة او اسطوانة عليها جذوع . وكذلك روشن وقع لصاحب العلو مشرفاً على نصيب الآخر ، لم يكن لصاحب السفل ان يقطع الروشن الا ان يشترطوا قطعه . كذا في الهندية من الباب الثالث من القسمة وسيأتي هذا في المادة (١١٧٠)

(الفصل الخامس)

« في بيان كيفية القسمة »

المادة ١١٤٧ ✻ المال المشترك ان كان من المكيلات فبالكيل او من الموزونات فبالوزن او من العدديات فبالعدد اومن الذرعيات فبالذرع يصير تقسيمه ✻

لان ما كان من هذه المذكورات من الاموال الربوية لا تصح قسمته مجازفة ، لان القسمة فيها معنى المبادلة والمجازفة فيها في الاموال الربوية ولو بالتراضي لا تجوز . واما ما كان منها من القيميات ، فلان التعديل في ماليتها لا يحصل الا بما ذكر ، كما سيأتي توضيحه في شرح المادة الاتية

المادة ١١٤٨ ـ ✻ حيث كانت العرصة والاراضي من الذرعيات فتقسم بالذراع واما ما عليها من الاشجار والابنية فيقسم بتقدير القيمة ✻

ولا بد من ذرع الابنية ايضاً لتمكن التسوية في ماليتها . قال في الشرنبلالية ،

عند قول صاحب الدرر « ويذرعه اي يذرع القاسم ما يقسم ويقوّم بناءه » قوله : « ويذرعه » شاملٌ للبناء ، لما قال الزيلعي : ويذرعه ويقوم البناء ، لان قدر المساحة يعرف بالذرع ، والمالية بالتقويم ، ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية . ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء اهـ واقره في رد المحتار . وذكر في الحامدية عن الذخيرة قال محمد في الاصل : واذا كانت الدار بين ورثة فاقتسموها وفضلوا بعضها على البعض لفضل قيمة البناء ، فهذه القسمة وهذا التفضيل جائز . وصورته اذا كانت بين وارثين وهي ثلاثون ذراعاً قيمة عشرة اذرع من جانب مثل قيمة عشرين ذراعاً من الجانب الآخر — اما لاجل البناء ، او لمعنى من المعاني فاقتسما على ان يكون لاحدهما هذه العشرة وللآخر عشرون ، فهذه القسمة جائزة فاكتفى فيها بالمعادلة من حيث المعنى ، وهو المالية عند تعذر اعتبار المعادلة من حيث الصورة بالذرعان اهـ . وهذا ما ذكره بقوله :

المادة ١١٤٩ - ✻ اذا كان في تقسيم الدار ابنية احدى الحصتين اغلى ثمناً من الحصة الاخرى فان امكن تعديلها باعطاء مقدار من العرصة فيها والا فتعدل بالنقود ✻

لان المعادلة في القسمة بين الانصباء واجبة صورةً ومعنىً ما امكن . واذا لم يُمكن اعتبار المعادلة في الصورة تعتبر المعادلة في المعنى (هندية)

اعلم ان الدراهم لا تدخل في القسمة لعقار او منقول الا برضاهم ، كما في عامة المتون . قال الزيلعي : واذا كان ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم باعتبار القيمة ، لانه لا يمكن اعتبار التعديل فيه الا بالتقويم ، لان تعديل البناء لا يمكن بالمساحة . وعن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الارض تقسم بالمساحة ، والمساحة هي الاصل في الممسوحات . ثم يرد من وقع في نصيبه البناء او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه ، فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة . وعن محمد رحمه الله تعالى انه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة ، فاذا بقي

فضل ولم يكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء ، فحينئذ يرد دراهم لان الضرورة في هذا القدر ، فلا يترك الاصل وهو القسمة بالمساحة الا بالضرورة . وهذا يوافق رواية الاصل اه .

فما في هذه المادة منطبق على قول محمد الذي هو رواية الاصل . واما ما في الهندية عن المحيط ، حيث قال : « وهذا يعني قسمة الاراضي وفيها بناء على ثلاثة اوجه — اما ان اقتسما الارض نصفين وشرطوا ان من وقع البناء في نصيبه يعطي لصاحبه قيمة البناء ، وقيمة البناء معلومة ، او اقتسما كذلك ، وقيمة البناء غير معلومة ، او اقتسما الارض نصفين ولم يقتسما البناء — ففي الصورة الاولى القسمة جائزة قياساً واستحساناً ، وفي الصورة الثانية جائزة استحساناً لا قياساً ، وفي الثالثة تجوز القسمة ثم يتملك من وقع البناء في نصيبه نصف البناء بالقيمة اه . ملخصاً » فهو محمول على ما اذا اتفق الشركاء على ان تكون القسمة كذلك ، لا ان القاسم يجريها كذلك بغير رضاهم تأمل هذا .

وقيد في الدرر تبعاً لابن الكمال والقهستاني وشراح الهداية : الدراهم في قولهم « لا تدخل الدراهم في القسمة » ، بالتي ليست من التركة . ومقتضاه انه لو كانت الدراهم من التركة تدخل في قسمة العقار او المنقول . لكن ذكر الشرنبلالي في حواشيه عليه انه غير احترازي ، فلا تدخل في القسمة . ولو من التركة اه .

والظاهر ان صاحب الدرر وغيره ذكروا هذا القيد لافادة ان حكم ما اذا كانت الدراهم من التركة ، معلوم مما تقرر من ان الجنسين المشتركين لا يقسمان قسمة جمع ، الا بالتراضي . ولهذا علل الزيلعي عدم دخول الدراهم في القسمة ، بقوله « لانه لا شركة فيها » ويفوت به التعديل ايضاً في القسمة لان بعضهم يصل الى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة ، فيخشى عليها التوى ، ولان الجنسين المشتركين لا يقسمان ، فما ظنك عند عدم الاشتراك اه .

❋ تنبيه ❋

لو كان بعض المال المشترك ملكاً وبعضه وقفاً وادخلا في القسمة دراهم معلومة ، فان كان هو صاحب الملك ، لا يجوز ، لانه يلزم منه نقض بعض الوقف .

وان كان المعطي هو الواقف ، جاز ويصير كانه اخذ الوقف واشترى بعض ما ليس بوقف من نصيب شريكه بدراهمه . وانه جائز فتبقى حصة الوقف وقفاً وما اشتراه يعني ما قابل الدراهم يبقى ملكاً له ، لان للوقف شروطاً وكلاماً لم يوجد شيء منه في ذلك ، فلا يصير وقفاً بمجرد ذلك . كما قالوا فيما لو اشترى مستغلاً للوقف من مال الوقف ، لا يصير وقفاً .

ولكن هذا يظهر فيما لو كانت الدراهم بمقابلة عين كذراع من ارض مثلاً . اما لو كانت بمقابلة وصف كالجودة والحسن ، فلا (افاده في تنقيح الحامدية) .

والظاهر ان الحكم كذلك لو كان المعطي للدراهم هو ناظر الوقف بعد موت الواقف من مال الوقف .

واستفيد مما تقدم انه لو كان المال مشتركاً بين وقفين او اكثر ، لا يجوز ادخال الدراهم في قسمته ، وان كانت قسمة نصيب احد الوقفين وافرازه عن نصيب الوقف الآخر جائزة اذا كان نصيب كل منهما على جهة غير الجهة الاخرى . اما اذا كانا على جهة واحدة وطلب المستحقون قسمته ، فليس لهم ذلك ، لان القسمة انما تكون في الملك ولا ملك للموقوف عليهم . هذا هو المذهب . وبعضهم جوز ذلك (حامدية عن قارىء الهداية)

المادة ١١٥٠ ـ ✻ اذا اريد قسمة دار مشتركة بين اثنين على ان يكون فوقانيها لواحد وتحتانيها الآخر فيقوم الفوقاني والتحتاني وباعتبار القيمة تقسم ✻

وكذا الحكم لو كان المشترك فوقانياً مجرداً وتحتانياً مجرداً بان كان سفل الاول وعلو الثاني ملكاً لغيرهما . وهذا ، اي قسمته باعتبار القيمة ، قول محمد رحمه الله تعالى ، وعليه الفتوى . وقال ابو حنيفة وابو يوسف : يقسم بالذراع ، لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع ، والكلام فيه والمعتبر التسوية في اصل السكنى لا في المرافق .

ولمحمد ان السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره ، فصارا كالجنسين ، فلا يمكن التعديل الا بالقيمة . ولان العلو والسفل بناء ، والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة ، لان في بعض البلدان قيمة العلو اكثر ، كما في مكة ومصر . وفي بعضها قيمة السفل اكثر ، كما في الكوفة. وفي كل موضع يكثر النداوة فيه والسبخ يختار العلو . وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل . وربما يختلف ذلك باختلاف الاوقات ايضاً كالصيف والشتاء ، فلا يمكن اعتبار المعادلة فيها الا بالقيمة . اه (زيلعي مختصراً)

المادة ١١٥١ — ✻ ينبغي للقسام اذا اراد قسمة دار ان يصورها على ورقة ويمسح بالذراع عرصتها ويقوم ابنيتها ويعدل الحصص على ان لا يبقى تعلق لكل حصة في الاخرى ان امكن ويفرز الشرب والمسيل والطريق ويلقب الحصص اي بالاول والثاني والثالث ثم يقرع فتكون الاولى لمن خرج اسمه اولاً والثانية لمن خرج اسمه ثانياً والثالثة لمن خرج اسمه ثالثاً ويسري على هذا الترتيب اذا وجد زيادة حصة ✻

يعني اذا شرع القسام في القسمة ينبغي ان يصور ما يقسمه اي يكتب على كاغدة ان فلاناً نصيبه كذا وفلاناً نصيبه كذا ليمكنه حفظه اذا اراد رفع تلك الكاغدة الى القاضي ليتولى الاقراع بينهم بنفسه (ابو السعود عن العناية)

وقوله «يمسح بالذراع عرصتها ويقوم ابنيتها» فيه احتباك . يعني يمسح بالذراع عرصتها ويقومها ويقوم ابنيتها بعد ان يذرعها ، كما قدمناه في شرح المادة (١١٤٨) عن الشرنبلالية ، انه لا بد من ذرع الابنية ايضاً . وتقويم العرصة ليتمكن من التسوية في ماليتها .

وقوله « ويعدل الحصص » اي يسوي ما يقسمه على سهام القسمة ·

وقوله : « على ان لا يبقى الخ » يعني ان يفرز كل نصيب بطريقه وشربه ومسيله ، لان القسمة لتكميل المنفعة وبذلك تكمل ، لانه اذا لم يفرز كذلك يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه · وهذا بيان للافضل · فإن لم يفرزه او لم يمكن ، جازاه حتى لو شرط القسام بقاء طريق احد الانصباء او شربه او مسيله في آخر ، جاز وكان شرطه معتبراً ، وان كان خلاف الافضل · كما اذا سكت عن ذلك ولم يمكن تحويله ، كما سيأتي في المادة (١١٦٦) وما يليها

وقوله : « ويلقب الحصص الخ » لقب الحصص ليتمكن من الالزام عند خروج قرعة كل واحد منهم · و كيفيته ان ينظر الى اقل الانصباء فيقدر به اجزاء السهام · حتى اذا كان العقار مشتركاً بين ثلاثة نفر لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس ، جعله اسداساً ، لانه اقل · فيكون لصاحب النصف ثلاثة اسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس ، يلقب النصيب من اي جانب شاء بالاول ثم الذي يليه بالثالث ، ثم يكتب اسامي الشركاء ببطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين مثلاً ثم يخرجها حتى اذا نشفت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء او في كمه ثم يخرج واحداً بعد واحد · فمن خرج اسمه اولاً فله السهم الاول ومن خرج ثانياً فله السهم الثاني ، الى ان ينتهي الى الاخير · فإن خرج اولاً في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف ، كان له ثلاثة اسداس من الجانب الملقب بالاول · وان خرج ثانياً ، كان له كذلك من الذي يلي الاول · وان خرج ثالثاً ، كان له كذلك من الذي يلي الثاني · وعلى هذا كل واحد منهم ·

ثم ان القرعة على هذا الوجه لتطييب قلوبهم ونفي التهمة والحيل ، فهي ليست بواجبة · حتى ان القاضي لو عين لكل واحد نصيباً من غير اقراع جاز ، لانه في معنى القضاء ، فملك الالزام كما في الهداية وغيرها ·

المادة ١١٥٢ = ✻ التكاليف الاميرية ان كانت لاجل

محافظة النفوس فتقسم على عدد الرؤوس ولايدخل في دفتر التوزيع النساء ولا الصبيان · وان كانت لمحافظة الاملاك فتقسم على مقدار الاملاك لان الغرم بالغنم كما ذكر في المادة ٨٧ ﴾

عبارة الخانية : اهل قرية غرّمهم السلطان ، فقال بعضهم يقسم ذلك على قدر الاملاك ، وقال بعضهم يقسم على عدد الرؤس · وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله تعالى : ان كانت الغرامة لتحصين الاملاك يقسم على قدر الاملاك ، لانها موءنة الملك · وان كانت لتحصين الابدان الذي يتعرض لهم يقسم على قدر الروءوس الذين يتعرض لهم ، لأنهم موءنة الرأس · ولا شيء من ذلك على النساء والصبيان ، لانه لا يتعرض لهم اه ·

اقول : بقي من التكاليفات في هذا الزمان ما هو ليس لحفظ املاك ولا حفظ ابدان ، كالاعانات التي يطلبها السلطان عز نصره · وقد تكون مجرد ظلم وعدوان كالذي تأخذه العسكر المسماة بالظبطية في زماننا ، وهم رسل الحكومة الواردين الى القرى باوامر ونواهي وامثال ذلك كتحصيل المطاليب ، ويسمونه بالخدمة · فالقول بالتفصيل وهو قول الفقيه ابي جعفر ، لا يظهر في هذه الغرامات ، لانها لا تخص الابدان ولا الاموال · فالمناسب فيها ، كما في تنقيح الحامدية ، ان يعمل باحد القولين الاخرين ، وهو ان ذلك كله على الروءوس او على الاملاك · وقد قدم قاضيخان القول بقسمة الغرامات على الاملاك · وعادته ان يبدأ بما هو الاشهر والاظهر فيكون هو الارجح · وهو عين ما جرت عليه عادة اهل القرى في زماننا من قسمة ذلك الفدن او على ساعات شرب الاراضي من الماء ، فيعمل به ·

هذا وذكر في الدر وحواشيه انه لو خاف اهل سفينة الغرق فاتفقوا على القاء امتعة ليخف حمل السفينة ، فإن ذلك لاجل حفظ الانفس خاصة ، فالغرم بعدد الروءوس · وان كان لاجل حفظ الاموال خاصة بأن كان الموضع لا تغرق فيه الانفس وتتلف فيه الامتعة ، فهي على قدر الاموال · وان كان لاجل حفظ

الانفس والاموال بان كان يخشى عليهما فالقوا بعد الاتفاق لحفظهما ، فعلى قدرهما . فمن كان غائباً واذن بالالقاء اذا وقع ذلك ، اعتبر ماله لا نفسه . ومن كان حاضراً بماله اعتبر ماله ونفسه . ومن كان بنفسه فقط اعتبر نفسه فقط .

قال في رد المحتار : والتقييد باتفاقهم على ذلك ، يفهم منه انهم اذا لم يتفقوا على الالقاء لا يكون كذلك ، بل على الملقي وحده . وبه صرح الزاهدي في حاويه . قال رامزاً : « اشرفت السفينة على الغرق فالقى بعضهم حنطة غيره في البحر حتى خفت ، يضمن قيمتها في تلك الحال اه (رملي على الاشباه) .

وقوله « تلك الحال » متعلق بقيمتها ، اي يضمن قيمتها مشرفة على الغرق .

ثم قال الرملي : ويفهم منه ان لا شيء على الغائب الذي له مال فيها ولم يأذن بالالقاء . فلو اذن بأن قال « اذا تحققت هذه الحال فالقوا » اعتبر اذنه اه

اقول : ولينظر فيما اذا كانت الغرامة على الانفس والاموال معاً ماذا يوزع منها على الانفس وماذا يوزع منها على الاموال ، فإنهم قد يختلفون في ذلك ؟ - فليراجع .

(الفصل) السادس

﴿ في بيان الخيارات ﴾

المادة ١١٥٣ - ﴿ كما يكون خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب في البيع كذلك يكون في تقسيم الاجناس المختلفة . مثلاً اذا قسم المال المشترك بالتراضي بين الشركاء على ان يكون لواحد كذا مقدار حنطة ولآخر كذا مقدار شعير ولآخر كذا غنما ولآخر في مقابله كذا رأس بقر فان شرط احدهم الخيار الى ايام معلومة ففي هذه المدة ان شاء قبل القسمة وان شاء فسخ . وان كان

احدهم لم ير المال المقسوم يكون مخيراً · وان ظهرت حصة بعضهم معيبة فان شاء قبل وان شاء رد ✻

انما ثبتت الخيارات كلها في قسمة الاجناس المختلفة لما تقرر من ان قسمتها مبادلة من كل وجه · ولهذا لا يجبر الأبي عليها ، اذ التراضي شرط لصحة المبادلة · فكل خيار ثبت في المبادلة يثبت فيها وقد اشار الى هذا بقوله « كما يكون الخ »

المادة ١١٥٤ — ✻ خيار الشروط والرؤية والعيب يكون ايضاً في قسمة القيميات المتحدة الجنس · مثلاً اذا قسمت مماية شاة مشتركة بين اصحابها على قدر الحصص ان كان احدهم شرط الخيار الى كذا يوماً ففي هذه المدة يكون مخيراً بين القبول وعدمه · وان كان لم ير الغنم فحين يراها يكون مخيراً كذلك · وان ظهر عيب قديم في الغنم التي اصابت حصة احدهم فكذلك يكون مخيراً ان شاء قبلها وان شاء ردها ✻

هذا على رواية ابي سليمان ، وهو الصحيح وعليه الفتوى · وجهه ان قسمة القيميات وان كانت متحدة الجنس · فان الغالب فيها معنى المبادلة ، فالتحقت بمختلف الجنس وعلى رواية ابي حفص لا يثبت خيار الرؤية ولا الشرط في قسمة القيميات كقسمة المثليات الآتي ذكرها

المادة ١١٥٥ - ✻ خيار الشرط والرؤية لا يكون في قسمة المثليات المتحدة الجنس لكن يكون فيها خيار العيب · مثلاً صبرة

حنطة مشتركة بين اثنين فاقتسماها على ان احدهما بالخيار الى كذا يوماً لا يكون الشرط معتبراً . واحد الشريكين اذا لم ير الحنطة فحين رؤيتها لا يكون له الخيار . اما اذا اعطي احدهم من وجه الصبرة والآخر من اسفلها فظهر اسفلها معيباً فصاحبه مخير ان شاء قبل وان شاء رد *

انما لا يثبت خيار الشرط والرؤية في قسمة المثليات لما تقرر من ان معنى الافراز فيها هو الغالب . ولهذا كان لكل واحد من الشريكين ان يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه . ولأنه لا فائدة فيهما لانه باعادة القسمة يأخذ نصيبه او مثله بلا تفاوت ، بخلاف غيرهما من العقار والعروض (زيلعي مختصراً)

واما خيار العيب فيثبت في القسمة كيفما كانت لانه لدفع الضرر .

والحاصل ، كما في الهندية عن الفتاوى الصغرى ، ان القسمة ثلاثة انواع: قسمة لا يجبر الآبي عليها كقسمة الاجناس المختلفة . وقسمة يجبر في ذوات الامثال ، كالمكيلات والموزونات . وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات ، كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم .

والخيارات ثلاثة : خيار شرط ، وخيار عيب ، وخيار رؤية . ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيار اجمع . وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات ، يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية . وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم ، يثبت خيار العيب . وهل يثبت خيار الرؤية والشرط ؟ – على رواية ابي سليمان يثبت ، وهو الصحيح وعليه الفتوى . وعلى رواية ابي حفص لا يثبت اه .

ومن وجد من الشركاء عيباً في شيء من قسمه ، فإن كان قبل القبض رد جميع نصيبه سواء كان المقسوم شيئاً واحداً او اشياء مختلفة ، كما في البيع . وان كان بعد القبض ، فإن كان المقسوم شيئاً واحداً حقيقة وحكماً كالدار الواحدة او حكماً

لا حقيقة كالمكيل والموزون ، يُرد جميعه نصيبه وليس له ان يرد البعض دون البعض ، كما في البيع المحض . وان كان المقسوم اشياء مختلفة كالاغنام ، يرد المعيب خاصة كما في البيع المحض . وما يبطل به خيار العيب في البيع يبطل به في القسمة . وان استخدم الجارية او داوم على سكنى الدار بعد ما علم بالعيب ، رد بالعيب استحساناً . وان داوم على لبس الثوب او ركوب الدابة ، لا يرد بالعيب قياساً واستحساناً (هندية)

وفيها ما حاصله انه لو سكن الدار احد المتقاسمين بعد ما علم بالعيب ، امتنع الرد . ولو كان ساكناً فعلم بالعيب ثم داوم على السكنى ، رد بالعيب . هكذا قال بعض المشايخ مفرقاً بين انشاء السكنى وبين المداومة عليها . وهذا يقول بأن خيار الشرط فيما ذكر كخيار العيب . ومنهم من قال خيار العيب لا يبطل لا بانشاء السكنى ولا بدوامها . وهذا يقول بان خيار الشرط يبطل بانشاء السكنى وبدوامها ، للفرق بين الخيارين حينئذ ، وذلك ان السكنى في خيار العيب يحتمل ان تكون لامكان الرد بالعيب ، لان مدة الرد بالعيب قد تطول ، لانه لا يكون الا بقضاء او رضى ، وعلى ان لا يرضى خصمه فيحتاج الى القضاء . والقضاء يعتمد سابقة الخصومة وعسى تطول . فمتى لم يسكنها تخرب لان الدار تخرب اذا لم يسكن فيها احد ، فيعجز عن الرد حينئذ فيحتاج الى السكنى ليتمكن من الرد بالعيب ، فلا يكون سكناه اختياراً للملك ، ولذا لا يسقط خيار العيب . فاما في خيار الشرط فإنه متمكن من الرد بنفسه من غير توقف على قضاء او رضى ، فلا تطول مدة الرد فلا يحتاج الى السكنى ، فكانت سكناه لاختيار الملك ، فيسقط بها خياره اه .

وفيها عن المبسوط : واذا باع ما اصابه بالقسمة من الدار وهو لا يعلم بالعيب فرده المشتري عليه بذلك العيب ، فإن قبله بغير قضاء قاض فليس له ان ينقض القسمة . وان قبله بقضاء قاض فله ان ينقض القسمة والبينة في ذلك واباء اليمين سواء اه .

- الفصل السابع -

✻ في بيان فسخ القسمة واقالتها ✻

المادة ١١٥٦ ✻ بانسحاب القرعة كاملاً تتم القسمة ✻

و كذا تتم القسمة بخروج جميع السهام الا واحداً ، كما ستراه في شرح المادة الآتية (١١٥٨)

وفي الهندية عن الذخيرة : يجب ان يعلم بان الملك لا يقع لواحد من الشركاء في سهم بعينه بنفس القسمة ، بل يتوقف ذلك على احد معان اربعة : اما القبض او قضاء القاضي او القرعة ، او بأن يوكلوا رجلاً يلزم كل واحد منهم سهماً اه

المادة ١١٥٧ - ✻ بعد تمام القسمة لا يسوغ الرجوع ✻

قيد بالقسمة لان المهايأة قد يجوز الرجوع فيها ، كما سيأتي . والمراد بالقسمة ، الصحيحة ، اذ لو لم تكن صحيحة يسوغ الرجوع فيها . ولذا نقل في رد المحتار عن حاوي الزاهدي : اقتسموا ارضاً موقوفة بتراضيهم ثم اراد احدهم بعد سنين ابطال القسمة ، له ذلك لان قسمتها بين الموقوف عليهم لا تجوز عند الجميع اه

المادة ١١٥٨ - ✻ في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة الاكثر مثلاً وبقي واحد فاراد اصحاب الحصص الرجوع ينظر ان كانت

قسمة رضاً فله الرجوع وان كانت قسمة قضاء فلا رجوع *

لقد نبه صاحب مرآة المجلة في هامش المرآة على ان لفظ «واحد» في قوله «وبقي واحد» قد ذكر غلطاً ، وصوابه «وبقي البعض» وان مؤلفي المجلة قد امروه بأن ينبه في كتاب المرآة على ذلك . وان الصواب في بيان هذه المسئلة ان تكون ترجمته هكذا (في اثناء القسمة اذا خرجت قرعة بعض ارباب الحصص وبقي اكثر من واحد فاراد احد اصحاب الحصص الرجوع ، ينظر : ان كانت قسمة رضا فله الرجوع . وان كانت قسمة قضاء فلا رجوع . اما اذا خرج الاكثر وبقي واحد فكما لا يكون له الرجوع في قسمة القضاء لا يكون له الرجوع في قسمة الرضا ايضاً) وحينئذ فيوافق ما في رد المحتار معزياً للنهاية : قسم القاضي او نائبه بالقرعة فليس لبعضهم الاباء بعد خروج بعض السهام ، كما لا يلتفت الى ابائه قبل خروج القرعة . ولو القسمة بالتراضي ، له الرجوع ، الا اذا خرج جميع السهام الا واحداً لتعين نصيب ذلك الواحد ، وان لم يخرج . ولا رجوع بعد تمام القسمة اه ومثله في الهندية عن النهاية والمحيط .

المادة ١١٥٩ — * اذا اقال اصحاب الحصص القسمة برضاهم بعد تمامها وفسخوها فلهم ان يجعلوا المقسوم مشتركاً بينهم كما في السابق *

مقتضى اطلاق هذه المادة ، ان لا فرق في صحة الفسخ والاقالة بين ان يكون المقسوم عقاراً او غيره قيمياً او مثلياً مختلف الجنس او متحده . وهو ايضاً ظاهر اطلاق عبارة التنوير ، وبه صرح شارحه العلائي ، وعبارته مع المتن : والقسمة تقبل النقض لان قسمة التراضي مبادلة . ويصح فسخها واقالتها بالتراضي (بزازية) اه .

لكن ذكر في رد المحتار ان المسئلة في البزازية موضوعة في قسمة الاراضي ، فهو خاص بالعقار ، وانه في الذخيرة علل المسئلة بأن القسمة في غير الموزون

والمكيل في معنى البيع ، فكان نقضها بمنزلة الاقالة اه ثم استظهر منه ان القسمة في المثلي لا تنتقض بمجرد التراضي ، لانها ليست بعقد مبادلة لان الراجح فيها جانب الافراز كما مر . نعم اذا خلطوا ما اقتسموه من المثلي برضاهم تجددت شركة اخرى اه .

اقول : يظهر لي ان في البزازية من وضع المسئلة في الاراضي و كذا ما في الذخيرة من التماثيل ، انما هو لاجل التنصيص على المتوهم . بيانه ان رجوع غير المكيل والموزون شائعاً بعد قسمته يتوهم عدم امكانه بخلاف الموزون والمكيل فانه ممكن بالخلط ، فاحتيج الى التنصيص على الاول بأنه ممكن بالفسخ والاقالة ، دون الثاني . وبهذا ظهر ان الاولى ابقاء هذه المادة و كذا عبارة التنوير على اطلاقها ، لان الحكم عام لان القسمة لا تنفك عن معنى المبادلة وان كان معنى الافراز في المثليات راجحاً كما تقدم . وعبارة الهندية في متفرقات القسمة معزيا للتتارخانية ، هكذا : اذا اقتسم الورثة التركة فيما بينهم وافرزوا لكل واحد نصيبه ثم ارادوا ان يبطلوا القسمة بالتراضي ويجعلوا الاراضي مشتركة مشاعاً كما كانت ، فلهم ذلك اه فانظر كيف اطلق اولاً التركة المقسومة ، ثم عند ذكر ارادتهم اعادتها مشتركة خصص الاراضي بالذكر . وما ذاك الا لانها محل التوهم ، فان اعادتها بالخلط كالمثليات غير ممكن ، تأمل .

المادة ١١٦٠ — ✹ اذا تبين الغبن الفاحش في القسمة تفسخ وتقسم تكراراً قسمة عادلة ✹

اما اذا كانت القسمة بالقضاء ، فلأن تصرف القاضي مقيد بالعدل ، وبظهور الغبن الفاحش يتبين عدمه . واما اذا كانت بالتراضي ، فلأن القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة ، فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة ، وهو المعادلة ، فيجب نقضها — بخلاف البيع فانه غير مبني على المعادلة في القيمة . وتمامه مع بيان سماع دعوى الغبن وعدمه قد تقدم الكلام عليه

مستوفي في شرح المادة (١١٢٧) فلتراجع .

المادة ١١٦١ = ﴿ اذا ظهر دين على الميت بعد تقسيم التركة تفسخ القسمة الا اذا ادى الورثه الدين وابرأهم الدائنون منه، او ترك الميت مالاً سوى المقسوم يفي بالدين فعند ذلك لا تفسخ القسمة ﴾

في الهندية ما نصه : اذا اقتسم الورثة دار الميت او ارض الميت وعلى الميت دين فجاء الغريم يطلب الدين، فان لهم ان ينقضوا القسمة سواء كان الدين قليلاً او كثيراً. واذا طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين غائب ، فإن كان الدين مستغرقاً للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم ، لانه لا ملك لهم في التركة . وان كان الدين غير مستغرق ، فالقياس ان لا يقسمها ايضاً . وفي الاستحسان يوقف مقدار الدين ويقسم الباقي ولا يأخذ كفيلاً منهم بشيء ، عنده ، خلافاً لهما . وان لم يعلم القاضي بالدين سألهم هل عليه دين ؟ فان قالوا نعم سألهم عن مقدار الدين ، لأن الحكم يختلف . وان قالوا لا دين ، فالقول لهم لان الورثة قائمون مقام الميت . ثم يسألهم هل فيها وصية ؟ فان قالوا نعم سألهم انها بالعين او مرسلة ؟ لأن الحكم يختلف . فان قالوا لا وصية ، قسمها حينئذ . فإن ظهر بعد ذلك دين ، نقض القاضي القسمة . وكذلك لو ان القاضي لم يسئل الورثة عن الدين وقسم التركة بينهم حتى جازت القسمة ظاهراً ثم ظهر الدين ، فالقاضي ينقض القسمة الا ان يقضوا الدين من مالهم ، فحينئذ لا ينقضها في الفصلين . وكذلك لو ابرأ الغريم عن الدين لا ينقضها . وهذا كله اذا لم يعزلوا الورثة نصيب الغريم ولم يكن للميت مال سوى ما اقتسموا اما اذا عزلوا او كان للميت مال آخر ، فالقاضي لا ينقض القسمة . وكذلك لو ظهر وارث آخر او ظهر موصى له بالثلث او الربع ، فان القاضي ينقض القسمة ثم يستأنفها بعد ذلك . فإن قالت الورثة نحن نقضي حق هذا الوارث او الموصى له من مالنا ولا ننقض القسمة ، لا يلتفت الى قولهم ، الا ان يرضى هذا الوارث او الموصى له .

واذا ظهر غريم او موصى له بالف مرسلة فقالت الورثة نحن نقضي حقه من مالنا ولا ننقض القسمة ، لهم ذلك ، لان حق الوارث والموصى له بالثلث او الربع ، في عين التركة فإذا ارادوا ان يعطوا حقه من مالهم فقد قصدوا شراء نصيبه من التركة ، فلا يصح الا برضاه . واما حق الغريم والموصى له بألف مرسلة ، فليس في عين التركة ، بل في معنى التركة من حيث الاستيفاء من مالية التركة وايفاء حقهم . من التركة ومن مال الوارث سواء . وكذلك لو قضى واحد من الورثة حق الغريم من ماله على ان لا يرجع في التركة ، فالقاضي لا ينقض القسمة ، لان حق الغريم قد سقط ولم يثبت للوارث دين آخر ، لانه شرط ان لا يرجع . فاما اذا شرط الرجوع او سكت فالقسمة مردودة ، الا ان يقضوا حق القاضي من مالهم لان دين القاضي في التركة بمنزلة دين الغريم . وهذا الجواب ظاهر فيما اذا شرط الرجوع ، مشكل فيما اذا سكت . وينبغي ان يجعل متطوعاً اذا سكت . والجواب انا لم نجعله متطوعاً لأنه مضطر في القضاء . الا يرى ان الغريم لو قدمه الى القاضي قضى القاضي عليه بجميع الدين لانه لا ميراث الا بعد الدين .

ثم ما ذكر ان الورثة اذا اقتسموا التركة ثم ظهر وارث آخر او موصى له بالثلث او الربع فالقاضي ينقض القسمة ، فذلك اذا كانت القسمة بغير قضاء قاض . فلو به ثم ظهر وارث آخر او موصى له بالثلث ، فالوارث لا ينقض القسمة اذا عزل القاضي نصيبه . واما الموصى له فقد اختلف فيه المشايخ قال بعضهم لا ينقضها ، واليه اشار محمد رحمه الله تعالى ، وهو الاصح . وبعضهم قالوا ينقض (هكذا في المحيط) اه وفيها عن الذخيرة : ولو تبرع انسان بقضاء دين الميت ، لا يكون للغريم حق نقض القسمة .

وفي رد المحتار : اجاز الغريم قسمة الورثة قبل قضاء الدين ، له نقضها . وكذا اذا ضمن بعض الورثة دين الميت برضى الغريم ، فللغريم نقضها أيضاً ، الا اذا ضمن الدين احد الورثة بشرط براءة الميت ، لانها تصير حوالة فينتقل الدين على الوارث ، وتخلو التركة عنه . وهي الحيلة لقسمة تركة فيها دين ، كما بسطه في البزازية اه .

وفي الهندية : ولو ان وارثاً ادعى لابن له صغير وصية بالثلث واقام البينة وقد

كانوا اقتسموا الدار ، فان هذه القسمة لا تبطل حق ابنه في الوصية — الا ان الاب ليس له ان يطلب وصية ابنه ولا ان يبطل القسمة ، لان القسمة تمت به . ومن سعى في نقض ما تم من جهته ، ضل سعيه . واقدامه على القسمة ، اعتراف بان لا وصية لابنه ، بخلاف الدين . وللابن اذا كبر ان يطلب حقه ويرد القسمة اه

وقوله « بخلاف الدين » اي لما في الزيلعى ، حيث قال : ولو ادعى احد المتقاسمين للتركة ديناً في التركة ، صح دعواه لانه لا تناقض ، اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة . ولو ادعى عيناً باي سبب كان لم تسمع دعواه ، اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك اه

اقول : ومفهوم التعليل ان وصية ابنه الصغير لو كانت بالف مرسلة ، كانت كالدين ، فله ان يبطل القسمة ، وهو ظاهر .

وفي الهندية : ميراث بين قوم لم يكن هناك دين ولا وصية فمات بعض الورثة وعلى الميت الثاني دين او اوصى بوصية اوكان له وارث غائب او صغير فاقتسمت الورثة ميراث الميت الاول بغير قضاء ، كان لغرماء الميت الثاني ان يطلبوا القسمة . وكذلك لصاحب الوصية والوارث الغايب والصغير (كذا في التتارخانية) اه

وفي الخانية : اقتسم الورثة التركة ثم باع احدهم نصيبه من الآخر او من اجنبي ثم ظهر دين على الميت ، بطلت القسمة والشراء ، لانه تصرف من الوارث في التركة ، فلا ينفذ مع قيام الدين على المورث اه

= الفصل الثامن =

✻ في بيان احكام القسمة ✻

المادة ١١٦٢ — ✻ كل واحد من اصحاب الحصص يملك حصته مستقلاً بعد القسمة لا علاقة لواحد في حصة الآخر . وكل واحد يتصرف في حصته كيفما يشاء على الوجه الآتي بيانه في الباب الثالث .

فلو قسمت دار بين اثنين فاصاب حصة احدهم البناء وحصة آخر العرصة الخالية يفعل بعرصته ما يشاء من حفر الآبار والسياق وانشاء الابنية واعلائها الى حيث شاء لا يسوغ لصاحب الابنية منعه ولو سدّ عليه الهواء او الشمس ✻

هذا هو ظاهر الرواية ، وليس للآخر منعه ، وعليه الفتوى . وقال نصير والصفار رحمهما الله تعالى: له منعه . كذا في متفرقات القسمة من الهندية . وسيأتي تمامه في الباب الثالث . وهذا كله بعد تمام القسمة ، والا فلكل واحد من المتقاسمين الرجوع . قال في الهندية : وان كانت الدار بين رجلين فاقتسما على ان يأخذ احدهما الثلث من مؤخرها بجميع حقه و يأخذ الآخر الثلثين من مؤخرها بجميع حقه ، فلكل واحد منهما ان يرجع عن ذلك مالم تقع الحدود بينهما . ولا يعتبر رضاهما بما قالا قبل وقوع الحدود ، وانما يعتبر رضاهما بعد وقوع الحدود (كذا في الذخيرة اه)

هذا وذكر في الدر متناً وشرحاً ان المقبوض بالقسمة الفاسدة — كقسمة على شرط هبة او صدقة او بيع من المقسوم اوغيره يثبت الملك فيه ويفيد جواز التصرف فيه لقابضه ويضمنه بالقيمة . كالمقبوض بالشراء الفاسد ، فانه يفيد الملك كما مر في بابه اه وذكر في رد المحتار ان ما في الاشباه من ان القبض في فاسد القسمة لا يفيد الملك مبني على ان الباطل والفاسد في القسمة سواء . والمنقول خلافه وان الفتوى والعمل على انها تملك بالقبض اه

المادة ١١٦٣ ✻ تدخل الاشجار في قسمة الاراضي من غير ذكر وكذا الاشجار مع الابنية في تقسيم الضيعة يعني في اي حصة وجدت الاشجار والابنية تكون لصاحب الحصة لا حاجة الى ادخالها بالتعبير

العام حين القسمة كقولهم بجميع مرافقها او بجميع حقوقها او بالتصريح بذكرها ✻

على هذا تفرع ما في الدر عن الخانية : اقتسموا داراً اوارضاً ثم ادعى احدهم في قسم الآخر بناء او نخلاً زعم انه بناه او غرسه ، لم تقبل بينته اه — قال في رد المحتار : لدخول البناء والنخل تبعاً اه اي وقد تقرر ان الاقدام على القسمة اعتراف بالشركة ، وهذا بخلاف ما لو اقتسموا شجراً او بناء فادعى احدهم الارض كلها او بعضها ، فانه يجوز كما في رد المحتار . قال : لعدم التبعية لجواز كونه مشتركا دون الارض . ففي الخلاصة وغيرها . لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره اواشتر مني ثمره ، لا يكون دفعاً لجواز كون الشجر له والثمر لغيره . وهي واقعة الفتوى . وافتيت بسماعها لما ذكر رملي ملخصاً اه

لكن ذكر في الخانية انه لو اقتسموا ضيعة فجعلوا لاحدهم النخل ولم يذكر باصلها ، فله النخل باصلها . وكذلك لو اقر لانسان بنخلة كان للمقر له النخلة باصلها . وفي كل موضع يستحق النخلة باصلها ، فان قلعها كان له ان يغرس مكانها اخرى اه مختصراً ، فتأمل .

المادة ١١٦٤ — ✻ الزرع والفاكهة لا يدخلان في تقسيم الاراضي والضيعة الا بصريح الذكر . فان لم يذكرا يبقيا مشتركين كما كانا سواء ذكر التعبير العام حين القسمة كقولهم بجميع حقوقها او لم يذكر ✻

لان الثمر والزرع ليسا من الحقوق كما تقدم في المادتين ٢٣٣ و ٢٣٥ والكاف في «كقولهم» للتمثيل لا للحصر . قال في الهندية : ولا يدخل الزرع والثمار في

قسمة الاراضي وان ذكروا الحقوق . وكذلك اذا ذكروا المرافق مكان الحقوق لا تدخل الثمار والزروع في ظاهر الرواية . ولو ذكروا في القسمة بكل قليل او كثير هو فيها او منها ، ان قال بعد ذلك «من حقوقها» لا تدخل الثمار والزرع . وان لم يقل «من حقوقها» تدخل الثمار . والامتعة الموضوعة فيها لا تدخل على كل حال اه — لانه ان قال «من حقوقها» كان بيانًا للقليل والكثير ، فدل على ان المراد تعميم من كان من الحقوق خاصة . وقد علمت ان الثمار والزروع ليس منها ، بخلاف ما لو لم يقل ذلك ، فانه يكون المراد منه حينئذٍ التعميم مما سوى الحقوق ، فيتناول الزرع والثمار لانها من الاراضي او فيها ، كما هو ظاهر .

المادة ١١٦٥ — ❋ حق الطريق والمسيل في الاراضي المجاورة للمقسوم داخل في القسمة على كل حال يعني في اي حصة وقع يكون من حقوق صاحبها سواء قيل بجميع حقوقها حين القسمة او لم يقل ❋

احترز بقوله «في الاراضي المجاورة الخ» عما اذا كان الطريق او المسيل في الحصة الاخرى ، فانه سيأتي حكمه في المادة الآتية . ثم ان قوله «سواء قيل بجميع حقوقها الخ» هو ما ذكره الحاكم الشهيد في مختصره ، كما في الهندية ونصها : واما الشرب والطريق هل يدخلان من غير ذكر الحقوق في القسمة ؟ — ذكر الحاكم الشهيد في المختصر انهما يدخلان . وهكذا ذكر محمد رحمه الله في الاصل في موضع آخر من هذا الكتاب ، فإنه قال : اذا كانت الارض بين قوم ميراثًا اقتسموها بغير قضاء فاصاب كل انسان منهم قراحٌ على حدةٍ ، فله شربه وطريقه ومسيل مائه وكل حق لها . والصحيح انهما لا يدخلان (كذا في المحيط) اه

ثم بعد مدة رأيت في الهندية عازيًا للذخيرة ، ما نصه : وذكر شيخ الاسلام

في باب قسمة الاراضي والقرى ان الطريق ومسيل الماء يدخلان في القسمة بدون ذكر الحقوق والمرافق اذا كان الطريق ومسيل الماء في ارض الغير ولم يكونا في انصبائهم . ولم يكن لكل واحد احداث هذه الحقوق في انصبائه حتى لا تفسد القسمة اه وعليه فمحمل كون الصحيح ان الطريق والمسيل لا يدخلان ، على ما اذا لم يكونا في ارض الغير . وهذا هو المراد من قوله هنا « في الاراضي المجاورة » تفطن .

المادة ١١٦٦ = ﴿ اذا شرط حين القسمة كون طريق الحصة او مسيلها في الحصة الاخرى فالشرط معتبر ﴾

هذا اذا لم يكونا موجودين قبل القسمة . ومثله بل اولى ما اذا كانا موجودين قبلها فاشترطا تركهما على حالها . وقوله « اذا شرط » احتراز عما اذا لم يشترط شيء . وحكمه ما ذكره بقوله

المادة ١١٦٧ = ﴿ اذا كان طريق حصته في حصة اخرى ولم يشترط بقاؤه حين القسمة فان كان قابل التحويل الى طرف آخر يحول سواء قيل حين القسمة بجميع حقوقها او لم يقل اما اذا كان الطريق غير قابل التحويل الى طرف آخر فينظر ان قيل حين القسمة بجميع حقوقها فالطريق داخل يبقى على حاله وان لم يذكر التعبير العام كقولهم بجميع حقوقها تنفسخ القسمة والمسيل في هذا الخصوص كالطريق بعينه ﴾

قال في رد المحتار : وتستأنف على وجه يتمكن كل منهما من ان يجعل لنفسه طريقاً ومسيلاً لقطع الشركة . بقي اذا لم يمكن ذلك اصلاً وان استؤنف فكيف الحكم ؟ والظاهر انها تستأنف ايضاً لشرط فيها ، فليراجع اه

اقول : قوله «تستأنف ايضاً الخ» لم يظهر لي معناه ولا وجهه ، فتأمل . ولعل قوله «لشرط فيها» محرف عن قوله «ليَشترَط فيها» يعني ان القسمة تستأنف لاجل ان يشترط فيها بقاء الطريق في الحصة الاخرى .

وفي الهندية من الباب الثالث من القسمة : واذا كانت الدار بين رجلين وفيها صفة وفي الصفة بيت وطريق البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما فاصاب احدهما الصفة وقطعة من ساحة الدار واصاب الآخر البيت وقطعة من ساحة الدار ولم يذكرا في القسمة الطريق ومسيل الماء واراد صاحب البيت ان يمر في الصفة على حاله ويسيل الماء على ظهر الصفة : ان امكن لصاحب البيت فتح الطريق وتسييل الماء في نصيبه من موضع آخر ، فالقسمة جائزة وليس لصاحب البيت حق المرور في الصفة ولا حق تسييل الماء على ظهرها سواء ذكرا في القسمة ان لكل واحد نصيبه بحقوقه . او لم يذكرا ذلك . واذا لم يكن لصاحب البيت امكان فتح الطريق وتسييل الماء من موضع آخر ، فان ذكرا ان لكل واحد منهما نصيبه بحقوقه ، دخل الطريق ومسيل الماء في القسمة ، وتجوز القسمة . وان لم يذكرا ذلك لا يدخل الطريق ومسيل الماء في القسمة وفسدت القسمة . ذكر هذه الجملة شيخ الاسلام في شرح كتاب القسمة وذكر في آخر الباب : اذا اقتسما داراً فلما وقعت الحدود بينهما اذا احدهما لا طريق له فإن كان يقدر على ان يفتح لنصيبه في حيزه طريقاً آخر ، فالقسمة جائزة . وان كان لا يقدر على ان يفتح لنصيبه طريقاً ، ان علم وقت القسمة ان لا طريق له ، فالقسمة جائزة وان لم يعلم ، فالقسمة فاسدة . وعلى قياس المسئلة المتقدمة ينبغي ان يقال في مسئلة آخر الباب : اذا لم يقدر على ان يفتح لنصيبه طريقاً آخر انما تفسد القسمة اذا لم تذكر الحقوق . فاما اذا ذكرت الحقوق يدخل الطريق تحت القسمة . فصار حاصل الجواب نظراً الى المسئلتين انه اذا لم يقدر على ان يفتح لنصيبه طريقاً آخر ، ان ذكرت الحقوق يدخل الطريق ومسيل الماء في القسمة ولا تفسد القسمة . وان لم تذكر الحقوق حتى

لم يدخلا تحت القسمة ، ان علم وقت القسمة ان لا طريق له ولا مسيل ، فالقسمة جائزة . وان لم يعلم فالقسمة فاسدة .

وذكر شيخ الاسلام في باب قسمة الارضين والقرى . ان الطريق ومسيل الماء يدخلان في القسمة بدون ذكر الحقوق والمرافق ، اذا كان الطريق ومسيل الماء في ارض الغير ولم يكونا في انصبائهم ولم يكن لكل واحد احداث هذه الحقوق في انصبائه ، حتى لا تفسد القسمة (كذا في الذخيرة)

❋ تنبيه ❋

لو اختلف الشركاء في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركاً مثل ما كان قبل القسمة ، نظر فيه الحاكم — فإن كان يستقيم ان يفتح كل في نصيبه ، قسم الحاكم من غير طريق ، يرفع لجماعتهم تكميلاً للمنفعة وتحقيقاً للافراز من كل وجه — وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقاً بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق . ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله ، اي ارتفاعه ، حتى انه يخرج كل واحد جناحاً في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه ، لان باب الدار طريق متفق عليه ، والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ، ولأن في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك ، فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما ورائه ولم تقع فيه فيبقى على الشركة كما كان . ولو شرطوا ان تكون الطريق في الدار على على التفاوت ، جاز . وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة . وان كان ذلك ارضاً يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور اه (زيلعي)

المادة ١١٦٨ = ❋ دار بين اثنين مشتركة وفيها طريق لصاحب دار اخرى فاذا قسمتها ليس لصاحب الطريق منعها لكنهما يتركان له طريقه على حاله حين القسمة وفي بيع هذه الدار المشتركة مع

طريقها ايضاً باتفاق الثلاثة ان كان هذا الطريق مشتركاً بينهم فثمنه ايضاً يقسم بينهم اثلاثاً وان كانت رقبة الطريق لصاحبي الدار ولذلك الآخر حق المرور فكل واحد يأخذ حقه هكذا تقوَّم العرصة مع حق المرور وخالية عنه فالفضل بين الوجهين لصاحب حق المرور والباقي لصاحبي الدار والمسيل ايضاً كالطريق . يعني اذا كان لواحد حق مسيل في دار مشتركة ففي قسمة الدار بينهما يترك المسيل على حاله ✱

الظاهر ان كون حق المسيل كالطريق خاص بهذه الصورة ، وهي انه يترك المسيل الواقع في دار مشتركة بين اثنين على حاله لو اقتسما الدار ، لا انه مثله ايضاً في انه لو اتفق صاحب حق التسييل مع مالكي رقبته على بيعه مع الدار ، تقوم الدار او عرصة المسيل مع حق المسيل وخالية عنه — فيكون الفضل لصاحب حق المسيل والباقي لصاحبي الدار كما هو الحكم في حق المرور ، لما تقدم في شرح المادة (٢١٦) من ان بيع حق المرور مقصوداً وحده صحيح على ما هو الصحيح ، وعليه الفتوى — بخلاف حق المسيل ، فانه لا يجوز بيعه مقصوداً باتفاق المشايخ . وكذا لا يجوز ايضاً بيع رقبة المسيل وحده الا تبعاً للأرض او الدار ، وبيان الفرق قدمناه هناك ، فليراجع . وقدمنا هناك ايضاً ان بيع رقبة الطريق انما يصح اذا كان مملوكاً للبايع بملك خاص كما مثل هنا . فاذا باع رقبته ، صح . فان حد ، فظاهر ، والا فله بقدر عرض باب الدار . واما اذا كان غير مملوك بملك خاص بل مع جماعة كسكة غير نافذة فيها دور لخمسة مثلاً ، فلو اجتمع الخمسة على بيعها او قسمتها بينهم ، لا يجوز ، لانها وان كانت ملكاً لهم ظاهراً لكن للعامة فيها نوع حق . ولو باع احدهم نصيبه منها فالبيع جايز وليس للمشتري المرور فيها الا ان يشتري دار البايع اه

المادة ١١٦٩ — ✱ اذا كان في ساحة دار منزل لآخر وصاحب

المنزل يمر فيها فاراد اصحاب الدار قسمتها بينهم فليس لصاحب المنزل منعهم منها . لكن يتركون طريقاً بقدر عرض باب المنزل حين القسمة ✻

هذا الحكم انما يكون على اطلاقه اذا كانت الساحة جميعها مملوكة لاصحاب الدار وليس لصاحب المنزل فيها سوى حق المرور الى منزله . اما اذا كانت رقبة الطريق فيها مملوكة لصاحب المنزل، فالحكم كذلك اذا كانت الرقبة غير محدودة . فلو محدودةً فالواجب ترك ذلك المحدود وان كان اعرض من باب المنزل . يدل على ذلك ما في الدار والدرر والملتقى والهداية وغيرها مما حاصله ان بيع حق المرور مقصوداً وحده جائز في رواية، وهي المصححة وعليها الفتوى . واما بيع رقبة الطريق فصحيح بلا خلاف سواء حدّ اي بين له طول وعرض اولا . قال في الدرر : اما الاول فظاهر . واما الثاني فلانه اذا لم يبين، يقدر بقدر عرض باب الدار العظمى . وعلى التقديرين يكون بيّناً معلوماً فيصح بيعه وهبته اه

المادة ١١٧٠ — ✻ دار قسمت بين اثنين و بين الاثنين حايط مشترك عليه روس جذوع لاحدهما ورؤسها الاخرى على حايط آخر فان شرط رفعها عن المشترك حين القسمة ترفع والا فلا ترفع . و كذلك حايط بين مقسمين لصاحب حصته عليه روس جذوع وقد خرج بالقسمة لصاحب الحصة الاخرى حيث تقاسما على كونه ملكاً له حكمه على هذا الوجه . اي ان شرط رفعها حينما تقاسما ترفع والا يبقي لها حق القرار على الحايط المملوك للآخر ✻

لا تخلوا هذه الترجمة عن ركاكة . وعبارة الهندية هكذا « واذا وقع الحايط لأحد في القسمة وعليه جذوع الآخر واراد صاحب الحايط ان يرفع الجذوع عن الحايط ليس له ذلك الا ان يكونا شرطا في القسمة رفع الجذوع سواء كان

الجذوع لاحدهما على الخصوص قبل القسمة والحايط بينهما او كان السقف والجذوع مع الحايط مشتركاً بينهما ثم صار الحايط لاحدهما بالقسمة والسقف والجذوع لآخر . وكذلك درج او درجة او اسطوانة عليها جذوع . وكذلك روشن وقع لصاحب العلو مشرفاً على نصيب الآخر لم يكن لصاحب السفل ان يقطع الروشن الا ان يشترطوا قطعه اه

قلت : ومنه يعلم ما اذا كان في حصة احدهما شبابيك تطل على ساحة حصة الآخر ومقر نسائه ، وهو انه ان شرط حين القسمة سدها كان لصاحب الساحة سدها ، والا فليس له ذلك ، تأمل .

المادة ١١٧١ اغصان الاشجار الواقعة في قسم اذا كانت مدلاة على القسم الآخر فان لم يكن شرط قطعها حين القسمة فلا تقطع ✻

به يفتى ، كما في التنوير . قال في الدر : لانه استحق الشجرة باغصانها اه اي على هذه الحالة (ط)

ومما يناسب هذا ما في متفرقات القسمة من الهندية : وقع لاحدهما في قسمه بناء وللآخر بجنبه ساحة فأراد صاحبها بناء بيت وهو يسد الريح والشمس على صاحب البناء ، فله ذلك في ظاهر الرواية وليس له منعه ، وعليه الفتوى اه .

وفيها ، من الباب الرابع في القسمة : كرم بين رجلين فاقتسماه وجعلا الطريق القديم لاحدهما وتركا طريقاً حديثاً للآخر وفي الطريق الحديث اشجار ، ينظر : ان جعلا تلك الطريق يعني رقبتها له ، فالاشجار له لانها بمنزلة البيع والاشجار تدخل في بيع الارض . وان جعلا حق المرور له فالاشجار بينهما كما كانت ، لان الطريق لم تصر ملكا له اه

المادة ١١٧٢ — ✻ قسمت دار مشتركة لها حق المرور في طريق

خاص فلكل واحد من اصحاب الحصص ان يفتح كوّة و باباً الى ذلك الطريق وليس لساير اصحاب الطريق منعه ❊

اما فتح كل واحد من اصحاب الحصص كوّة او باباً عالياً لاجل الاستضائة والريح ، فلا خلاف فيه ، كما يعلم مما نقله في الدر في مسائل شتى القضاء عن العيني . واما فتحهم الابواب لاجل المرور ، فقيل : لهم ذلك بلا تفصيل ، وهو مقتضى اطلاق هذه المادة تبعاً لما اطلقه في المنية كما نقله في رد المحتار هناك . وقيل انما يكون لهم ذلك اذا ارادوا فتح الابواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده ، اذ ليس لهم حق المرور فيما بعده . وفي كل من القولين اختلاف التصحيح والفتوى . قال في الخيرية : والمتون على القول الثاني من التفصيل ، فليكن عليه المعول اه وسيأتي لهذا زيادة بيان في شرح المادة (١٢١٩)

ويمكن تطبيق هذه المادة على ما عليه المتون ، وعليه المعوّل ، وذلك بأن يراد بمن له حق المرور في طريق خاص من له حق المرور في جميعه لا في بعضه ، على ما هو الحقيقة في لفظ الطريق ، لان اطلاقه وارادة جزئه مجاز فلا يصار اليه اذا امكن العمل بالحقيقة . وهذا ، اي حق المرور في الجميع ، لا يكون الّا اذا كان باب الدار المقسومة في اسفل السكة اي في اقصاها من جهة الداخل ولهذا اطلقت جواز فتح الابواب . ولم تقيده بما اذا كان الفتح في اعلى السكة اي فيما يلي الدار المقسومة الى الطريق العام . وعليه فلو كان الباب في وسطها مثلاً ليس لهم ان يفتحوا ابواباً فيما ورائه من اسفل السكة ، اذ ليس لهم حق المرور فيه ، فتدبر .

المادة ١١٧٣ ــ ❊ اذا بنى احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الآخرين ثم طلب الآخرون القسمة تقسم . فان اصاب ذلك البناء حصة بانيه فبها وان اصاب حصة الآخر

فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعه ✻

قوله « لنفسه » مثله لو بنى بلا اذن ليكون ما بناه مشتركاً فلم يجز الشركاء ما فعل ، كما يعلم من تنقيح الحامدية اول كتاب القسمة .

وقوله « القابل للقسمة » احترز به عما اذا بنى فيما هو غير قابل للقسمة ، كالحمام ، فأنه يؤمر بهدمه للحال ويدفع له النقض ، كما اذا لم يطلب احد منهم القسمة .

وعليه يحمل ما في الباب الثالث عشر من الهندية حيث قال : احد الشريكين اذا بنى في ارض مشتركة بغير اذن شريكه فلشريكه ان ينقض بناه اه .

وقوله « ثم طلب الآخرون القسمة » مثله ما اذا طلبها نفس الباني ، فإن كل واحد من الشركاء اذا طلب قسمة ما يقسم يجاب اليها ويجبر الآبي عليها .

وقوله « بدون اذن الآخرين » قال في رد المحتار : وكذا لو بأذن الشريك لنفسه ، لانه مستعير لحصة الشريك الآخر وللمعير الرجوع متى شاء . اما لو بأذنه للشركة ، يرجع بحصته مما صرفه عليه بلا شبهة (رملي عن الاشباه) .

وقوله « فله ان يكلف بانيه هدمه ورفعه » اي اذا لم يرض بدفعه قيمته له ، كما في الطحطاوي عن الهندية

قال في رد المحتار : اقول : وفي فتاوى قارىء الهداية : وان وقع البناء في نصيب الشريك ، قلع وضمن ما نقصت الارض بذلك اه .

وقد تقدم في كتاب الغصب متناً ، ان من بنى او غرس في ارض غيره ، امر بالقلع وللمالك ان يضمن له قيمة بناء او غرس امر بقلعه ان نقصت الارض به . والظاهر جريان التفصيل هنا كذلك ، تأمل اه (ما في رد المحتار) وصرح في الدر ان الغراس مثل البناء في جميع ما ذكر .

- الفصل التاسع -

« في بيان المهايأة »

المادة ١١٧٤ — ﴿ المهاياة عبارة عن قسمة المنافع ﴾

وهي جائزة استحساناً . والقياس ان لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها ، لان كل واحد من الشريكين ينتفع في نوبته بملك شريكه عوضاً عن انتفاع شريكه بملكه في نوبته ، ولكن يترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة كما هو مبسوط في الهداية وشروحها .

قال الزيلعي : ولو لم تجز المهاياة لادى الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها ، وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه ، فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان ، فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الاعيان — الا ان القسمة اقوى في استكمال المنفعة لأنها جمع المنافع في زمان واحد ، والتهايؤ جمع على التعاقب . ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل . ولو وقعت المهاياة فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة . ولا تبطل المهاياة بموت احدهما ولا بموتهما لانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة في الاستئناف اه وتمامه فيه ، وسيأتي هذا في المادة (١١٩١)

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في تنقيح الحامدية ان تهايؤ المستأجرين او المستأجر مع المالك بأن استاجر بعض عقار شايعاً على مذهب من يراه ، صحيح ، ولكن لا يكون على طريق الجبر واللزوم اذا امتنع عنه احدهما . واذا تراضيا فهو صحيح غير لازم ، بمعنى ان لكل منهما فسخ المهاياة ولو بلا عذر ، وهو الموافق لظاهر الرواية في المهايأة

في الملك اه معزواً للتتارخانية ·

اقول: كون المهاياة لا تكون على سبيل الجبر مشكل فيما لا يقبل القسمة لما تقدم آنفاً من انه يؤدي الى تعطيل الاعيان التي لا يمكن قسمتها ، وهو قبيح · وعبارة رد المحتار : قال السائحاني : افاد في التتارخانية ان تهايؤ المستأجرين صحيح غير لازم · وان شرطا على المؤجر ، ان لاحدهما مقدم الدار وللآخر مؤخرها ، فسد العقد · ولو لم تسع سكناها واحدهما ساكن وطلب الآخر التهايؤ زمانًا ، يجاب كما في حيطان الخانية اه — فانت ترى ان قوله اخيراً « ولو لم تسع سكناها الخ » كالصريح في انه يجبر الآبي عليها ، لان المجيب عند طلب الآخر المهايأة انما هو القاضي وليست اجابته الا جبر الآبي كما لا يخفى ، فتأمل

المادة ١١٧٥ — ❊ المهايأة لا تجرى في المثليات بل في القيميات التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ❊

لان المهايأة قسمة المنافع وانها جائزة في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها — فخرجت الاعيان المثلية جميعها لانها ليست كذلك · وخرج من الاعيان القيمية ما لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها ، كالثمر ولبن الحيوانات ، الا لبن الانسان كما يأتي في المادة (١١٨٧) وشرحها ·

المادة ١١٧٦ — ❊ المهايأة نوعان · النوع الاول المهايأة زمانًا كما لو تهايأ اثنان على ان يزرعا الارض المشتركة بينهما هذا سنة والآخر سنة · النوع الثاني المهايأة مكانًا كما لو تهايأ اثنان في الارض المشتركة على ان يزرع احدهما نصفها والآخر نصفها الآخر او في الدار المشتركة على ان يسكن احدهما في طرفها والآخر في طرفها

الآخر او احدهما في فوقانيها والاخر في تحتانيها او في الدارين المشتركتين على ان يسكن احدهما في الواحدة والآخر في الاخرى ❋

والنوع الاول متعين في العبد الواحد والدابة الواحدة والبيت الصغير، لتعذر التهايوء فيه مكاناً (افاده في رد المحتار)

ولو اختلفا في التهايوء من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما ، يأمرهما القاضي بالاتفاق ، لان التهايوء في المكان اعدل لاستوائهما في زمان الانتفاع ، وليس فيه تقديم احدهما على الآخر ، فكان اعدل وفي الزمان اكمل ، لأن كل واحد ينتفع في نوبته بجميع الدار فكان اكمل ، فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع في البداية بينهما تطييباً لقلوبهما ونفياً للتهمه عن نفسه (زيلعي)

قال في رد المحتار : وقيد بالزمان يعني قيد الاقراع بينهما فيما اذا اختاراه من حيث الزمان لان التسوية في المكان تمكن في الحال بأن يسكن هذا بعضاً والاخر بعضاً . اما في الزمان فلا تمكن الا بمضي مدة احدهما كفاية .

اقول : لكن قد يقع الاختلاف في تعيين المكان فينبغي ان يقرع ، تامل .

قال الرملي : ولو تشاحا في تعيين المدة مثلاً بان قال احدهما سنة بسنة والاخر شهراً بشهر ، لم اره ، والظاهر تفويضه للقاضي — ولا يقال يامرهما بالاتفاق كالاختلاف من حيث الزمان والمكان ، لان مع كل وجهاً فيها بخلافه هنا . وان قيل يقدم الاقل حيث لا ضرر بالآخر لانه اسرع وصولاً الى الحق ، فله وجه ، تامل اه .

وعلى الاقراع في تعيين المكان مشت المجلة في المادة (١١٨٠) الآتية

المادة ١١٧٧ = ❋ كما تجوز المهايأة في الحيوان المشترك على استعماله بالمناوبة كذلك تجوز ايضاً في الحيوانين المشتركين على ان

يستعمل احدهما هذا والآخر الآخر *

ولو طلب احدهما المهاياة على هذا الوجه وابى الآخر اجبره القاضي عليها ، كما سيأتي التصريح به في المادة (١١٨١) وهذا قولهما اعتباراً بقسمتها على هذا الوجه . وعند ابي حنيفة لا يجوز التهايؤ على الركوب الا بالتراضي ، لان الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين ، فانهم بين حاذق واحذق . والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا . وقد علمت ان المجلة اخذت بقولهما فكان عليه المعول .

وظاهر التعليل المار ان خلاف ابي حنيفة في التهايؤ على الركوب في دابة واحدة او دابتين لا على الحمل ونحوه مما لا يتفاوت كما تقدم في العاربة ، تأمل — وهذا بخلاف ما لو تهايئآ في عبد او عبدين على الخدمة ، فانه يجوز اتفاقاً على الاصح . اما عندهما ، فظاهر ، لان قسمة الرقيق جايزة عندهما ، فكذا المنفعة . واما عنده ، فلأن قسمة الرقيق وان كانت لا يجري فيها الجبر عنده ، لانها تتفاوت تفاوتاً فاحشاً على ما تقدم بيانه ، لكن المنافع من حيث الخدمة ، قلما تتفاوت . ولو تهاياء بينهما على ان نفقة كل عبد على من يأخذه ، جاز استحساناً ، لان العادة جرت المسامحة في طعام المماليك فلا تفضي الجهالة الى النزاع ، بخلاف كسوة المماليك لانه لا تسامح فيها عادة (افاده الزيلعي)

المادة ١١٧٨ = * المهاياة زماناً نوع مبادلة فتكون منفعة اصحاب الحصص في نوبته مبادلة بمنفعة حصة الآخر في نوبته بناء على ذلك يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهاياة مثل كذا يوماً او كذا شهراً *

لان فيه تمليك المنفعة بعوض كالاجارة فاشترط فيها التأقيت كما اشترط في الاجارة (شلبي على الزيلعي)

المادة ١١٧٩ — ﴿ المهايأة مكانا نوع افراز . فالشريكان في دار مثلا منفعتها شائعة يعني حالة كونها شاملة لكل جزء من اجزائها فالمهايأة تجمع منفعة احدهما في قطعة من تلك الدار ومنفعة الآخر في قطعة اخرى فلا يلزم ذكر المدة وتعيينها في المهايأة مكانا ﴾

قال الزيلعي : والتهايؤ في هذا الوجه ، يعني في المكان ، افراز لجميع الانصباء ، لا مبادلة ، لانه لو كان مبادلة ، لما صح ، لانها لا تجوز في الجنس الواحد نسيئة ، للربا . وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه ، وانما قيل ذلك خشية الربا . وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما اخذه صاحبه بعوض ، وهو الانتفاع بنصيب صاحبه ، فكيف يتصور ان يكون افرازاً للكل او عارية في البعض . والعارية ايضاً غير لازمة والمهايأة لازمة . وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان . والاوجه انها افراز من كل وجه في المهايأة في المكان . ولهذا لا يشترط فيها التأقيت . وجاز لكل منهم ان يستغل ما اصابه بالمهايأة على الظاهر ، شرط ذلك في العقد او لم يشترط ، لحدوث المنافع على ملكه — ولا كذلك العارية والاجارة .

وفي المهايأة في الزمان افراز من وجه ، ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه ، فكان مبادلة من وجه . وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق في المهايأة في المكان دون الزمان اه فتأمل .

المادة ١١٨٠ — ﴿ كما انه ينبغي اجراء القرعة في المهايأة زمانا لاجل البدأ يعني اي اصحاب الحصص ينتفع اولاً كذلك في المهايأة مكانا ينبغي تعيين المحل بالقرعة ايضاً ﴾

تقدم توجيهه في شرح المادة (١١٧٦) فليراجع .

المادة ١١٨١ — ✵ اذا طلب المهايأة احد اصحاب الاشياء المشتركة المتعددة وامتنع الآخر فأن كانت الاعيان المشتركة متفقة المنفعة فالمهايأة جبرية . وان كانت مختلفة المنفعة فلا جبر . مثلاً داران مشتركتان طلب احد الشريكين المهايأة على ان يسكن احدهما احداهما والاخرى للاخر او حيوانان على ان يستعمل احدهما واحداً والآخر الاخر وامتنع شريكه ، فالمهايأة جبرية . اما لو طلب احدهما المهايأة على سكنى الدار وللآخر ايجار الحمام او على سكنى احدهما في الدار وزراعة الاخر الاراضي ، فالمهايأة بالتراضي وان تكن جائزة الا انه اذا امتنع الاخر لا يجبر عليها ✵

لان اتحاد المنفعة فيما تجري فيه المهايأة التي هي قسمة المنافع — كاتحاد الجنس فيما تجري فيه قسمة الاعيان فكما ان قسمة الجبر انما تجري في الاعيان المتحدة الجنس دون المختلفة ، فكذا المهايأة الجبرية انما تجري في المنافع المتحدة دون المختلفة . ولهذا كانت المهايأة الجبرية في الدارين متفقاً عليها بين ائمتنا الثلاثة على الاصح ، كما في الزيلعي والفتح وغيرهما ، لاتحاد المنفعة فيهما ، وهي السكنى — بخلاف قسمتها يعني قسمة جمع ، فانها عند الامام جنسان ، لان المقصود من الدور مختلف باختلاف الجيران والمحال ، فلا تقسم قسمة جمع كما تقدم في المادة (١١٣٨) وعندهما جنس واحد اعتباراً باتحاد المنفعة ، وهي السكنى ، فتجري قسمة الجبر فيهما . و كذا كانت يعني المهايأة الجبرية في الحيوانين على الخلاف بين الامام وصاحبيه — كما تقدم في شرح المادة (١١٧٧) مع بيان وجه الخلاف مع اتفاقهم على جواز قسمتهما جبراً

قسمة جمع كما تقدم في المادة (١١٣٤) و (١١٣٥)

وقوله « اما لو طلب احدهما المهايأة الى آخر المادة » اقول : فما في الملتقى وشرحه مجمع الانهر حيث قال : وتجوز المهايأة في عبد ودار على السكنى والخدمة — وكذا في كل مختلفي المنفعة لسكنى الدار وزرع الارض ، وكذا الحمام والدار ، لان كل واحدة من المنفعتين يجوز استحقاقها بالمهايأة اه فمحمول على المهايأة بالتراضي .

بقي الكلام في المهايأة على استغلال الاعيان المشتركة : ففي الملتقى وشرحه مجمع الانهر انه يجوز التهايوء في استغلال دار يستغلها هذا شهراً وهذا شهراً ، او دارين هذا يستغل هذه وهذا يستغل الاخرى في ظاهر الرواية . وما زاد في نوبة احدهما في الدار الواحدة من الغلة على الغلة في نوبة الآخر مشترك لتحقق التعديل ، بخلاف ما اذا كان التهايوء على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة ، لان التعديل فيما وقع عليه التهايوء ، وهو المنافع ، حاصل فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد لا في الدارين . ففي الهداية : والتهايوء على الاستغلال في الدارين جائز ايضاً في ظاهر الرواية . ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان ، بخلاف الدار الواحدة . والفرق ان في الدارين معنى الافراز راجح لاتحاد زمان الاستيفاء ، وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول ، فاعتبر قرضاً وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ، فلذا يرد عليه حصته من الفضل اه .

وفي التنوير : ولو تهايئا في غلة عبداً وفي غلة عبدين او في غلة بغل او بغلين او في ركوب بغل او بغلين او في ثمرة شجرة او في لبن شاة ، لا يصح التهايوء في المسايل الثمان اه لكن الثانية والرابعة والخامسة والسادسة عند الامام ، والباقي بالاتفاق . اما في عبد او بغل واحد ، فلأن النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء ، فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة ، بخلاف الدار الواحدة ، لان الظاهر عدم التغير في العقار . واما في عبدين او بغلين فلأن التهايوء في الخدمة جوز للضرورة لامتناع قسمتها ، ولا ضرورة في الغلة لانها تقسم . واما في ركوب بغل او بغلين ، فلتفاوته بالراكبين فلا تتحقق التسوية فلا يجبر القاضي عليه . واما في ثمرة شجرة او لبن شاة ونحوه ، فلأن التهايوء مختص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها ، بخلاف الاعيان . اه (رد المحتار)

المادة ١١٨٢ ـ ﴿ اذا طلب القسمة احد اصحاب المال المشترك القابل للقسمة والآخر المهايأة تقبل دعوى القسمة . ولو لم يطلب القسمة احدهما وطلب المهايأة واحد وامتنع الآخر يجبر على المهايأة ﴾

اما اجابة طالب القسمة ، فلان قسمة العين ابلغ من قسمة المنفعة في تكميل الانتفاع ، لاجتماع المنافع في الزمان الواحد ،وفي التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب . حتى لو طلب احدهما قسمة العين بعد المهايأة ، قسم الحاكم وفسخ المهاياة ، لأن الاصل القسمة (شلبي ملخصاً) واما اجابة طالب المهاياة عند عدم طلب القسمة من احدهما فلان المهاياة في المنافع ، جارية مجرى القسمة في الاعيان ،فيجري جبر القاضي فيها كما يجري في قسمة الاعيان اه ملخصاً من الزيلعي وحاشيته للشلبي

المادة ١١٨٣ ـ ﴿ اذا طلب المهايأة احد الشريكين في العين المشتركة التي لا تقبل القسمة وامتنع الآخر يجبر على المهايأة ﴾

كما يجبر عليها الممتنع في الاعيان المتعددة المتفقة المنفعة بخلافها اذا كانت مختلفة المنفعة ـ كما تقدم مع بيان وجهه في المادة (١١٨١) وشرحها . وانما يجبر الممتنع في العين الواحدة التي لا تقبل القسمة لما قدمناه في شرح المادة (١١٧٤) من انه لولم يجبر على المهايأة فيها لأدى الى تعطيل الانتفاع فيها مع انها خلقت لذلك .

المادة ١١٨٤ ـ ﴿ كل ما ينتفع العامة باجرته من العقارات المشتركة كالسفينة والطاحونة والقهوة والحمام تؤجر وتقسم اجرتها بين اصحاب الحصص على قدر حصصهم . وان امتنع احد اصحاب الحصص

ثمن الايجار يجبر على المهايأة . لكن اذا زادت غلتها اي اجرتها في نوبة احدهم تقسم تلك الزيادة بين اصحاب الحصص *

لان التهايؤ فيما يكون المقصود منه الاستغلال كالعقارات المذكورة يتمحض كونه تهايئاً على الاستغلال ، وحينئذ فما يزيد في نوبة احدهما يكون مشتركاً ليتحقق التعديل ، كما قدمناه في شرح المادة (١١٨١) بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع كما سيأتي في المادة (١١٨٦)

* تنبيه *

وذكر في فتاوى قارئ الهداية ان السفينة لا يجبر على التهايؤ فيها حملاً ولا استغلالاً ، لا من حيث الزمان بان يستغلها هذا شهراً والآخر شهراً ، بل يؤجرانها والاجرة لهما اه . وهو محمول على انه لا يجبر على وجه يختص كل منهما بالزائد من الغلة ، بدليل ان بعضهم علله بانه قد تكون غلة شهر ازيد من غلة آخر ، فلا يوجد التساوي اه (افاده في رد المحتار) فلا يكون منافياً لهذه المادة .

المادة ١١٨٥ - * كما يجوز لكل واحد من ارباب الحصص بعد المهايأة زماناً او مكاناً ان يستعمل العقار المشترك في نوبته او القطعة التي اصابت حصته بالذات ، يجوز له ان يؤجر ذلك الى آخر ويأخذ الاجرة لنفسه *

لما في الهداية : لكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهايأة وان لم يشرط ذلك ، لحدوث المنافع على ملكه اه .

ونقل في رد المحتار عن التتارخانية : واذا تهايئآ في مملوكين استخداماً فمات احدهما او ابق انتقضت . ولو استخدمه الشهر كله الا ثلاثة ايام نقص من شهر

الآخر ثلاثة ايام . ولو زاد ثلاثة ايام لا يزيد الآخر ولو ابق الشهر كله واستخدم الآخر فيه فلا اجرة ولا ضمان . ولو عطب احد الخادمين وانهدم المنزل من السكنى او احترق من نار اوقدها ، فلا ضمان اه وبه ظهر انه لو نقص العين المشتركة باستعمال احد المتهايئين في نوبته لا يكون ضامناً نقصان حصة شريكه ، وهو ظاهر لانه غير متعد .

المادة ١١٨٦ _ ﴿ بعد ان حصلت المهايأة على استيفاء المنافع بدءاً اذا آجر اصحاب الحصص في نوبتهم وكانت غلة احدهم في نوبته اكثر فليس لبقية الشركاء مشاركته في الزيادة . اما اذا كانت على الاستغلال من اول الامر مثلاً اذا تهايئا على اخذ واحد اجرة الدار المشتركة شهراً والآخر شهراً فالزيادة مشتركة . لكن اذا حصلت المهايأة على ان يأخذ احدهما غلة هذه الدار والآخر غلة الدار الاخرى وكانت غلة احد الدارين اكثر فلا يشاركه الآخر ﴾

يعني ان الزيادة انما تكون مشتركة اذا وقع التهايؤ ابتداء على استغلال العين المشتركة ، وذلك في صورتين : احداهما ان يكون المقصود من العين المشتركة الانتفاع بأجرتها لا غير ، كالسفينة والحمام والطاحون كما تقدم في المادة (١١٨٤)

الثانية ان يصرح المتهايئان بذلك بأن يتهايئا على ان ياخذ احدهما اجرة هذه الدار والآخر اجرة الاخرى . ففي الصورتين حيث كان التهايؤ على الاستغلال تكون الزيادة مشتركة ، ليتحقق التعديل فيما تهايئا عليه ، بخلاف ما اذا كان التهايؤ من اول الامر على المنفعة ، فان الزيادة لا تكون مشتركة ، لما تقدم من ان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ وهو المنفعة ، حاصل فلا تضره زيادة الاستغلال من بعد . ثم اذا كان التهايؤ على الاستغلال فالزيادة انما تكون

مشتركة ايضاً اذا كان المستغل واحداً كالدار الواحدة ، لا اذا كان متعدداً كالدارين . والفرق ان في الدارين معنى الافراز راجح ، لاتحاد زمان الاستيفاء . وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول ، فاعتبر قرضاً وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه ، فيرد عليه حصته من الفضل .

المادة ١١٨٧ — ﴿ لا تجوز المهايأة على الاعيان فلا تصح المهايأة على ثمرة الاشجار المشتركة ولا على لبن الحيوانات وصوفها على ان يكون لاحد الشركاء ثمرة مقدار من هذه الاشجار وللآخر ثمرة مقدار منها . او على لبن قطيع من الغنم المشترك وصوفه لواحد ولبن قطيع آخر وصوفه للآخر ﴾

لما قدمنا من ان التهايؤ مختص بالمنافع لامتناع قسمتها بعد وجودها ، لانها اعراض لا تبقى زمانين ، بخلاف الاعيان .

والمراد بالحيوانات في قوله هنا « ولا على لبن الحيوانات » ما عدا الآدمي ، لما في المنح والزيلعي وغيرهما : ولو لهما جاريتان فتهايآ على ان ترضع احداهما ولد احدهما والاخرى ولد الآخر ، جاز ، لان لبن الآدمي لا قيمة له فجرى مجرى المنافع اه فان قيل : مقتضى كون الثمرة واللبن من الاعيان ان تصح فيهما القسمة ، قلت : عدم صحتها لان ذلك معدوم حقيقة وحكماً ، لانها لم تجعل موجودة حكماً في حق التمليك بعوض ، وهو الاجارة ، حتى تعتبر موجودة حكماً في حق القسمة . وقسمة المعدوم لا تتحقق ، لانها افراز من وجه مبادلة من وجه ، وكلا الامرين لا يتحققان قبل الوجود (افادة الشلبي)

وحيلة المهايأة في الثمار واللبن ونحوهما ان يشتري حظ شريكه من الشجرة والشاة ثم يبيع كلها اي حصته وما اشتراه من شريكه ، او يستقرض لبن الشاة بان يزن مايحلبه في كل يوم حتى تفرغ المدة ثم يستوفي صاحبه مقداره في نوبته

وفي الخانية : تواضعا في بقرة على ان تكون عند كل منهما خمسة عشر يوماً يحلب لبنها ، كان باطلا ولا يحل فضل اللبن لاحدهما وان جعله صاحبه في حل ، لانه هبة المشاع في ما يقسم — الا ان يكون استهلكه فيكون ابراء عن الضمان ، فيجوز ، افاده في الدر وحاشيته رد المحتار .

المادة ١١٨٨ - ﴿ وان جاز فسخ المهايأة الحاصلة بالتراضي لاحد الشريكين لكن اذا آجر احدهما في نوبته لآخر فلا يجوز لشريكه فسخ المهايأة ما لم تنقض مدة التواجر ﴾

صيانة لحق المستأجر (رد المحتار) قال في الخانية : وينفرد احدهما بنقضها بعذر و بغير عذر في ظاهر الرواية . وروى ابن سماعة عن محمد انه لا ينفرد احدهما بنقضها الا بعذر او بطلب قسمة عينها . هذا اذا كانت المهايأة بغير امر القاضي . فان كانت بحكم الحاكم لا ينفرد احدهما بنقضها ما لم يتفقا اه وظاهر المادة ١١٩٠ الآتية اعتماد رواية ابن سماعة ، فانتظر .

المادة ١١٨٦ - ﴿ وان لم يجز لواحد من ارباب الحصص ان ينسخ المهايأة الجارية بحكم الحاكم فلكلهم فسخها بالتراضي ﴾

حاصل هاتين المادتين ان المهايأة ان كانت وقعت بالتراضي ، فلكل واحد من الشركاء ان ينفرد بفسخها ما لم يكن آجر احدهم في نوبته ، فحتى تنقضي مدة الاجارة وان كانت وقعت بحكم الحاكم ، فليس لواحد منهم ان ينفرد بفسخها ما لم يتفقوا جميعاً على الفسخ .

المادة ١١٩٠ - ﴿ اذا اراد احد اصحاب الحصص ان يبيع

حصته او يقسمها فله فسخ المهايأة اما لو اراد فسخها ليعيد المال المشترك الى حاله القديم بلا سبب فالحاكم لا يساعده على ذلك ✵

يعني لا يجيبه الى ما طلب ، اذ لا معنى لعدم المساعدة الا عدم الاجابة ، وقد علمت آنفاً ان المهايأة اذا كانت بحكم الحاكم ، فليس لاحد فسخها ما لم يتفق الشركاء على الفسخ ، فتعين ان يكون موضوع هذه المادة في المهايأة بغير حكم الحاكم — يعني بالتراضي ، فتكون المجلة آخذة برواية بن سماعة المارة في شرح المادة السابقة ، وبها اخذ شمس الائمة الحلواني كما في رد المحتار وعبارته عن التتارخانية : والكل نقض المهايأة ولو بلا عذر في ظاهر المذهب ، قال الحلواني : هذا اذا قال اريد بيع حصتي او قسمتها اما لو اراد عود المنافع مشتركة ، فلا . وقال شيخ الاسلام ما في ظاهر الرواية ، من له نقضها ولو بلا عذر اذا حصلت بتراضيهما فلو بالقضاء فلا ، ما لم يصطلحا لانه في الاول يحتاج الى ما هو اعدل وهو القسمة بالقضاء اه

المادة ١١٩١ — ✵ بموت احد اصحاب الحصص او كلهم لا تبطل المهايأة ✵

تقدمت هذه المسئلة عن الزيلعي في شرح المادة ١١٧٤ معللة بانها لو بطلت لاستأنفها الحاكم ، ولا فائدة في الابطال ثم الاستئناف اه .

- الباب الثالث -

«في بيان المسائل المتعلقة بالحيطان والجيران ويشتمل على اربعة فصول»

- الفصل الاول -

✻ في بيان بعض قواعد في احكام الاملاك ✻

المادة ١١٩٢ — ✻ كل يتصرف في ملكه كيف شاء لكن اذا تعلق حق الغير به يمنع المالك من تصرفه على وجه الاستقلال ، مثلاً سفل ملك واحد وفوقانيه لآخر ، فلصاحب الفوقاني حق القرار في التحتاني ، ولصاحب التحتاني حق السقف في الفوقاني يعني بستره من الشمس وبتحفظه من المطر فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضراً الا باذن الآخر ولا ان يهدم بناء نفسه ✻

لان كون الشيء ملكاً لرجل يقتضي ان يكون مطلقاً في التصرف فيه كيفما شاء وكون حق الغير متعلقاً به ، مانع له من ذلك وقد تقدم في المادة (٤٦) انه اذا تعارض المقتضي والمانع يقدم المانع ٠ وقوله فليس لاحدهما ان يفعل شيئاً مضراً الا باذن الآخر — يفهم منه ان له ان يفعل ما لا يضر ، وهذا قول الامامين قال في تنقيح الحامدية في جواب سؤال اذا اراد صاحب السفل ان يتصرف في السفل تصرفاً نحو ان يفتح فيه باباً او ينقب فيه كوة ، او يدخل فيه جذعاً ، لم يكن قبل ذلك فليس

له ذلك الا برضى صاحب العلو ، سواء كان يضر ذلك صاحب العلو او لا يضر عند ابي حنيفة — خلافاً لهما فيما لا يضر . و كذلك صاحب العلو اذا اراد ان يبني في العلو بناء او يضع عليه جذوعاً او يحـدث فيه كنيفاً فعلى هذا الخلاف واطال في العمادية في دليلهما موخراً دليل الامام اه وقال في جواب سوآل آخر ما نصه : المختار للفتوى انه يمنع ذو العلو من الحاق الضرر بالبيت السفلي ، ان علم يقيناً وان علم عدمه يقيناً لا يمنع . وان اشكل ، يمنع الا برضى ذي السفل ويعلم ذلك بقول رجلين لهما بصارة في ذلك اه . وقوله ولصاحب التحتاني حق السقف الخ اي له حق في ان يسقف صاحب العلو علوه ليحفظ سفله من نفوذ الشمس والمطر . وقوله ولا ان يهدم بناء نفسه معناه — ان كل واحد منهما يكون متعدياً بهدم بناء نفسه فيجبر على اعادته كما كان - اما اجبار صاحب السفل فلان صاحب العلو لا يتمكن من الانتفاع بعلوه بدون السفل — واما اجبار صاحب العلو ، فلان صـاحب السفل لا يندفع ضرر الشمس والمطر عن سفله الا بسقف العلو هذا ما تعطيه عبارة هذه المادة . و يعضده ما في جامع الفصولين ان لكل منهما حقاً في ملك الآخر لذي العلو حق قراره ولذي السفـل حق دفع المطر والشمس عن السفل اه .

و به تعلم سقوط ما ذكره العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية من مسائل شتى القضاء حيث نقل عن جامع الفصولين ما نصه : لو هدم ذو السفل سفله وذو العلو علوه اخذ ذو السفل ببناء سفله اذ فوت عليه حقا الحق بالملك فيضمن — كما لو فوت عليه ملكاً اه ثم قال وظاهره انه لا جبر على ذي العلو وايده بان صاحب السفل يمكنه الانتفاع بسفله بدون العلو فما وجه كون صاحب العلو يجبر ، لان سقف السفل ملك صاحب السفل لما في البحر عن الذخيرة السفل : اذا كان لرجل وعلوه لآخر فسقف السفل وجذوعه وهراديه وبواريه وطينه ، لصاحب السفل — غيران لصاحب العلو سكنه اه واذا كان كل ذلك لصاحب السفل فلا . يجب منه شيء على صاحب العلو وحينئذ فلا ضرر عليه في ترك صاحب العلو علوه واما ما استظهره صاحب البحر — من ان صاحب العلو ايضاً يجبر مستدلاً بما في الفتح عن فتاوى الفضلي من ان الحايط المشترك لو هدماه فاراد احدهما بناءه وابي

الآخر يجبر ولو انهدم لا يجبر الخ ، فغير مسلم ، لان كل واحد من الشريكين في الحايط لا يمكنه الانتفاع الا ببنائه فلذا اجبر كل منهما بخلاف السفل فان صاحبه يمكنه الانتفاع بدون العلو اه ملخصاً .

ووجه سقوطه انه ليس المناط في الجبر وعدمه ، التمكن من الانتفاع فقط بل دفع الضرر ايضاً ومنه ضرر الشمس والمطر عن السفل واسقفته كما تقدم التصريح به عن جامع الفصولين — واما اقتصاره على ذكر اجبار ذي السفل على البناء في عبارته الثانية ، فليس لافادة ان ذا العلو لا يجبر على دفع ضرر الشمس والمطر عن السفل — بل لعدم الحاجة الى ذكره ، لانه لم يطلب من ذي السفل بناء سفله الا ليبني علوه فوقه — نعم لو امتنع بعد بناء السفل عن سقف علوه ، يجبر دفعاً لضرر الشمس والمطر عن السفل كما صرح به قبله فتأمله منصفا

نعم ان ما نقله الشارح اللبناني عن الحامدية من قوله فلو هدم ذو العلو علوه اجبر على بنائه اذا طالبه ذو السفل بذلك اه هو فرية بلا مرية فاني لم ار هذه العبارة فيها ولا في غيرها نعم نقل في الحامدية عبارة الفضلي السابقة ، وهي موضوعة في الجدار المشترك كما تقدم . ثم ان التقييد بالهدم احتراز عما لو انهدم السفل بنفسه بلا صنع صاحبه ، فأنه حينئذ لا يجبر على البناء لعدم التعدي . والمالك لا يجبر على اصلاح ملكه ، نعم لذي العلو ان يبني حتى يبلغ موضع علوه . ثم يبني علوه اذا امتنع صاحب السفل من بنائه ليتوصل الى حقه ، اذ لا وصول الى حقه الا به ، وله ان يمنع صاحب السفل من ان ينتفع بسفله حتى يعطي صاحب العلو ما انفق على السفل بالغاً ما بلغ ان بني باذنه او اذن القاضي ، لان اذن القاضي كاذنه بنفسه لولايته وهذا الذي استحسنه المتأخرون وبه يفتى والا يرجع ، بقيمة البناء يوم بنى لا وقت الرجوع ، وهو الصحيح . كذا في تنقيح الحامدية ومثله في رد المحتار وغيره من المعتبرات ، هذا وفي الخلاصة عن فتاوى النسفي : داران لجارين سطح احداهما اعلى ومسيل ماء العليا على الاخرى ، فاراد صاحب السفلى ان يرفع سطحه او يبني على سفله له ذلك ، وليس للجار منعه ، لكن يطالبه حتى يسيل مائه الى طرف الميزاب ، وان انهدم السفل او هدمه المالك ليس للآخر ان يكلفه بالعمارة لاجل اسالة الماء — لكن يبني هو ويمنع صاحبه من

الانتفاع اه ومثله في البزازية .

قال في تنقيح الحامدية : بعد نقله اقول قوله هنا او هدمه المالك ، مخالف لما مر في مسئلة العلو والسفل ، حيث سوى هنا بين الهدم والانهدام ، فاما ان يكون ما هنا قولاً آخر او يخص ما مر بغير المسيل فتأمل اه

اقول : ويظهر لي الثاني ، لان الانتفاع بالعليا مع تعطيل المسيل ممكن مع نوع مشقة فلا يجبر صاحب السفلي على بناء ملكه ، فهو نظير ما سيأتي آخر هذه القولة عن الخير الرملي : من ان السفلي اذا احتاج الى الاصلاح لا يجبر صاحبه على اصلاحه ، اذا امكن الانتفاع به مع نوع مشقة . واذا كان لا يجبر كان للآخر ان يبني توصلاً لحقه . ثم يمنع مالكه عن الانتفاع به حتى يدفع له ما انفق او القيمة تأمل . ويؤيد ما قلنا قول الخلاصة اولا انه ليس للجار منعه من رفع السطح او البناء عليه تأمل . ثم رأيت في متفرقات قضاء البحر عند قول المصنف لا يتد ذو السفل الخ ما نصه : فرق بين حق التعلي و بين حق التسييل حيث لو هدم في الاول يجبر على البناء ولو هدم في الثاني لا يجبر اه وهو عين ما قلته ولله الحمد .

وفي تنقيح الحامدية ايضاً اقول : بقي ما لو ترك صاحب السفل الانتفاع بسفله وامتنع من اداء القيمة فهل يجبر على الاداء — ففي جامع الفصولين انه لا يجبر لكن في حاشيته للخير الرملي ، ان هذا لو بنى ذو العلو بلا اذن القاضي فلو باذنه يجبر على اداء حصته ويحبس فيه لانه كاذنه بنفسه فيصير ديناً عليه فحكمه حكم سائر الديون تأمل اه .

اقول وفي النفس من هذا شيء لان الممتنع عن البناء اذا كان لا يجبر على البناء فكيف يجبر على دفع نفقته وقد صرح في جامع الفصولين ان القاضي له ولاية الأمر بالانفاق في كل موضع له ولاية الجبر لو حاضراً وانه اذا كان لا يجبره حاضراً ، فلا يأمر غيره بالبناء عليه وصرح ايضاً بان البناء ملك لبانيه فاخذ قيمة البناء بيع البناء من رب السفل ولا يجبر احد على الشراء فهذه النصوص كلها ، تفيد ان المراد من قولهم اذن القاضي كاذنه بنفسه ، انه مثله من حيث الحبس ليقبض ما انفقه ، لا القيمة ، لا من حيث انه يجبر على دفع ما انفقه ويحبس عليه وقد ذكر الرملي نفسه عند قول الفصولين في الحايط المشترك لو انهدم لا يجبر الآبي على

بنائه ولكن يبني الآخر فيمنعه — حتى يأخذ ما انفق الخ ما نصه : ولابد ان يكون
معنى قوله ولكنه يبني — اي بغير النقض المشترك اما به لا ، لانه تصرف في
المشترك تأمل اه ومقتضاه ان ذا العلو ايضاً عند امتناع ذي السفل عن البناء انما
يبني بغير نقض السفل لأنه اذا كان لا يملك التصرف في المشترك فلأن لا
يملكه فيما هو ملك الغير وليس له فيه حق اصلاً ، اولى ، وعليه يقال لو كان
اذن القاضي كاذنه من كل الوجوه ، لساغ له ان يبني بالملك المشترك في الحايط وفي
ملك الغير في السفل ، لانه يكون كالتصرف باذن المالك فكيف قال لا بد
من ان يكون البناء بغير النقض المشترك فتدبره منصفاً .

هذا وقد ذكر هذه المسألة في الخانية فقال : حائط بين رجلين انهدم فبناه
احدهما عند غيبة الشريك قال ابو القاسم رحمه الله تعالى ان بناه بنقض الحايط
الاول ، يكون متبرعاً لا يكون له ان يمنع شريكه من الحمل عليه ، وان بناه
بلبن او خشب من قبل نفسه ، لم يكن للشريك ان يحمل على الحايط حتى يؤدي
نصف قيمة الحايط اه ثم رأيت التصريح بما قلته في الخانية في الحايط المشترك
في باب في الحيطان والطريق ومجاري المياه آخر كتاب الصلح فقال : وقال
القاضي الامام علي السغدي في مسئلة الجدار ليس له ان يرجع على صاحبه لكن
له ان يمنعه من الانتفاع به حتى يوفيه حقه على التفصيل الذي ذكرنا اه ولعله
لهذا امر بالتأمل . وذكر الرملي ايضاً انه لا شبهة في ان الممتنع له منع الباني
عن الانتفاع بالسفل اذ ليس له سوى المنع وليس له التصرف فيه بالانتفاع اه

واعلم ان قولهم في تعليل اصل المسئلة والمالك لا يجبر على اصلاح ملكه ،
يفيد ان وضع المسئلة في الملك فلو كان في الوقف فان الناظر عليه يجبر على
اصلاحه كما في حاشية الرملي على الفصولين قال وهي واقعة الفتوى علو لوقف
وسفل لوقف آخر انهدم السفل فبناه ناظر العلو باذن القاضي لغيبة ناظر السفل
هل يرجع فاجبت انه يرجع وهنا يجبر الناظر اذا امتنع عن العمارة ، لما في البحر
عن الخصاف اذا امتنع الناظر من العمارة وله غلة اجبر عليها فان فعل كان بها والا
اخرجه القاضي من يده تأمل اه وستأتي هذه المسئلة في المادة ١٣١٩ وفي جامع
الفصولين . ولو اراد ذو السفل ان يبني في بقعة من السفل لو لا يضر بالعلو ، فله

ذلك بلا رضاء ذي العلو ولا يضره فكذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى، اذ ليس لذي العلو حق في بقعة السفل فهما كجارين . وعندهما يمنع الا برضاه ، اذ له حق في بقعة السفل اذ قوام العلو بالسفل وقوام السفل بالبقعة فلذي العلو حق في البقعة بهذا الوجه - بخلاف الجارين ثم رمز وقال لا خلاف انه يملك اذا لم يضر ولو اشكل لا يملك اه.

✻ تنبيه ✻

ذكر الرملي في حاشية الفصولين ، انهم صرحوا بان السفل اسم لمبني مسقف قال وبه علم جواب حادثة الفتوى وهي : سقف السفل اذا احتاج الى اصلاحه هل يطالب به صاحب السفل ام صاحب العلو افتيت بأنه لا يطالب به واحد منهما اما صاحب السفل ، فلان المالك لا يطالب باصلاح ملكه واما صاحب العلو ، فلأن الانسان لا يطالب بأصلاح ملك الغير . فان شاء صاحب السفل اصلح ملكه وان شاء ترك . وموضوع المسئلة فيما اذا امكن الانتفاع به مع نوع مشقة اما اذا لم يمكن الانتفاع به مع نوع مشقة بان زال بالكلية وبقي الدار فقط فهي مسئلة انهدام السفل فانه اعم من انهدام السقف مع الدار او السقف فقط مع بقاء الدار ، لقولهم ذو العلو مضطر اليه لاحياء حقه وقولهم لتعلق حق ذي العلو به وهو حق القرار وغير ذلك من كلامهم تأمل اه

المادة ١١٩٣ ✻ اذا كان باب الفوقاني والتحتاني من الجادة واحداً فصاحبا المحلين يستعملان الباب مشتركاً فلا يسوغ لاحدهما ان يمنع الآخر من الخروج والدخول ✻

وان كان ممر صاحب العلو في عرصة السفل ، فليس لذي السفل ان يمنعه عن المرور فيها كما سيأتي في المادة ١٢٢٥

المادة ١١٩٤ - ﴿ كل من ملك محلاً صار مالكاً ما فوقه وما تحته ايضاً يعني يتصرف في العرصة التي هي ملكه بالبناء والعلو به كما يشاء و بساير التصرفات كحفر ارضها واتخاذه مخزناً ونبشها كما يشاء عمقاً وجعلها بئراً ﴾

فمن ملك ارضاً ملك ما فوقها من الهواء الى عنان السماء وما تحتها من القرار الى تخوم الارض اشباه وعليه تفرعت المواد الآتية :

المادة ١١٩٥ = ﴿ من احدث في داره بيتاً ليس له ان يبرز رفرافه على هواء دار جاره فان ابرزه يقطع القدر الذي جاء على هواء تلك الدار ﴾

وان لم يضر لأنه تصرف في ملك الغير بدون اذنه و كذا احد الشريكين ليس له ان يبرز رفرافه الخاص به في الهواء المشترك بدون اذن شريكه لما قلنا

المادة ١١٩٦ = ﴿ من امتدت اغصان شجر بستانه الى دار جاره و بستانه فللجار ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القطع لكن اذا ادّعى الجار ان ظل الشجرة مضر بمزروعات بستانه لا تقطع الشجرة ﴾

قد تضمنت هذه المادة مسئلتين الاولى اذا امتدت اغصان شجرة انسان لدار جاره او بستانه ، فللجار ان يكلفه تفريغ هوائه بالربط او القطع ، سواء تضرر الجار

بذلك ام لا ، لانه تصرف في ملك الغير بلا اذنه . وهذه المسئلة ذكرت مفصلة في الفصل ٣٤ من العمادية والفصل ٣٥ من جامع الفصولين قال فيه (فتت) : باع ضيعة وللبائع اشجار في ضيعة اخرى بجنب هذه الضيعة اغصانها متدلية في المبيعة فللمشتري ان يأخذه بتفريغ المبيعة من الاغصان المتدلية فيها وكذا لو ورثها وفي جنبها ضيعة ، كذلك لانه كمورثه (ن د) وقعت شجرة في نصيب احد المتقاسمين لها اغصانها متدلية الى نصيب الآخر ، يجبر صاحبها على قطع الاغصان في رواية عن محمد . وعنه تترك كذلك . وفي كتاب الصلح ، خرج شعب نخلته الى جاره فللجار قطعها لتفريغ هوائه ، قالوا هذا على وجهين فلو امكن تفريغه بشد الشعب على النخلة كله او تفريغ بعضه بشد بعضها ، فله ان يأخذ رب النخلة بالشد لا بالقطع فيما امكن التفريغ بشده

واما ما لا يمكن تفريغه الا بقطعه فالاولى ان يستأذن ربها فيقطع بنفسه ، او يأذن له ، ولو ابى يرفع الى القاضي فيجبره على القطع ولو لم يفعل الجار كذلك ولكن قطع بنفسه ابتداء — فلو قطع من محل ليس القطع من محل آخر اعلى منه او اسفل ، انفع في حق المالك لم يضمن ولو كان القطع من محل آخر انفع منه ، ضمن جملته (خ ه) اقول لو كان القطع من محل آخر انفع ينبغي ان يضمن لو حصل معه التفريغ والا فينبغي ان لا يضمن والله اعلم قال (م ح) يقطعه في جانب ملك نفسه اذ ليس له ان يدخل بستان جاره ليقطعه وقال مشايخنا انما يكون له القطع من جانب نفسه لو كان ضرره مثل ضرر القطع من جانب صاحبه — اما لو كان قطعه من جانب صاحبه اقل ضرراً ليس له قطعه فيرفع الامر الى القاضي ليأمره بقطعه فلو ابى بعث القاضي من يقطعه من جانب رب النخلة . ثم في المحل الذي لا يضمن لو قطعه بنفسه لا يرجع على رب النخلة بما انفق في مؤنة القطع اذ لم يرفع الى القاضي ليأمره مع امكانه فكان متبرعاً اه المسئلة الثانية ان لا تتدلى اغصان شجرته على هواء دار الجار او ارضه وانما ارتفعت في هواء بستانه حتى منعت الشمس عن ارض الجار فلا تقطع تلك الشجرة ، وان تضرر زرع الجار لما سيأتي في المادة الآتية من انه لا يمنع احد من التصرف في ملكه الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً وسيأتي في المادة ١١٩٩ ان الضرر الفاحش

ما يمنع من الحوائج الاصلية . ومنع الشمس والريح ، ليس منها بل من الحوائج الزايدة كما في جامع الفصولين عن الذخيرة قال : فصار كرجل له شجرة يستظل بها جاره اراد قلعها لا يمنع منه ولو تضرر به جاره اذ رب الشجرة بالقلع يمنعه عن الانتفاع بملكه اه

اقول : ان المنفعة الاصلية من ارض الزراعة او البستان هي الزراعة فكان ما يمنع منها نظير ما يمنع من السكنى في البناء على ما سيأتي في المادة المذكورة وما بعدها الا ان يجاب بالفرق بين ما يمنع من الانتفاع بها اصلاً وبين ما يقللها بان ينتفع بزراعتها مع نوع ضرر تأمل اه

المادة ١١٩٧ - ✻ لا يمنع احد من التصرف في ملكه ابداً الا اذا كان ضرره لغيره فاحشاً كما يأتي تفصيله في الفصل الثاني ✻

الحاصل ان القياس في جنس هذه المسايل ، ان يفعل المالك ما بدا له مطلقاً ، لانه متصرف في خالص ملكه - لكن ترك القياس في موضع يتعدى ضرره الى غيره ، ضرراً فاحشاً ، وهو المراد بالبين ، واختاروا الفتوى عليه . فأما التوسع الى منع كل ضرر ما ، فيسد باب انتفاع الانسان بملكه . افاده في رد المحتار عن الفتح . وسيأتي تفسير الضرر الفاحش في المادة (١١٩٩)

قال في الدر : وبقي ما لو اشكل هل يضر ام لا ، وقد حرر محشي الاشباه المنع قياساً على مسئلة السفل والعلو ، انه لا يتد اذا اضر ، وكذا ان اشكل على المختار للفتوى . فكذا تصرفه في ملكه ، ان اضر اواشكل يمنع ، والا لا اه . بنوع اختصار

قال في حاشية رد المحتار اقول : هذا غير مسلم ، لانه مخالف لكلامهم مع انه قياس مع الفارق وذلك انك علمت ان اصل المذهب في مسئلتنا عدم المنع مطلقاً ، لكونه تصرفاً في خالص ملكه ، وخالف المشايخ اصل المذهب فيما اذا كان الضرر بيناً ، ولا يخفى ان التقييد بالبين مخرج للمشكل ، فالقول بمنع المشكل مخالف للقولين

وقياسه على المشكل في مسئلة السفل غير صحيح ، لان المتون الموضوعة لنقل المذهب ، ماشية على منع التصرف فيها عكس مسئلتنا اه .

اقول قوله ولا يخفى ان التقييد بالبين مخرج للمشكل ، غير مسلم لانه ليس المراد بالبين ما قابل الخفي او المشكل حتى يكون مخرجاً له ، بل المراد به الفاحش كما سمعته آنفاً عن الفتح ، وهذا قد لا يتحقق سببية وجوده عن التصرف ، وذلك بأن اشكل حين اراد المالك التصرف في ملكه ، هل يكون ذلك موهناً للبناء . مثلاً او لا ، فلا يكون ما قاله محشى الاشباه ، مخالفاً للقولين : نعم كون ما قاله قياساً مع الفارق ، مسلم لان كون ظاهر الرواية في مسئلة العلو والسفل ، المنع من التصرف مطلقاً ، لتعلق حق الغير به ، يقتضي ان ما اشكل فيه الضرر يبقى على اصل المنع و كون ظاهر الرواية والمتون ، في مسئلتنا ، على ان المالك له التصرف في ملكه ، يقتضي ان ما اشكل فيه وجود الضرر الفاحش ، يبقى فيه المالك على ما هو عليه من عدم المنع .

- الفصل الثاني -

« في حق المعاملات الجوارية »

المادة ١١٩٨ - ✻ كل احد له التعلي على حائطه الملك وبناء ما يريد وليس لجاره منعه ما لم يكن ضرراً فاحشاً ✻

ولا عبرة بزعمه انه يسد عنه الريح والشمس ، كما افتى به في الحامدية . لانه ليس من الضرر الفاحش الآتي بيانه ، وفي الانقروي ، له ان يبني على حائط نفسه ازيد مما كان ، وليس لجاره منعه وان بلغ عنان السماء اه معزياً للتتمة .

اقول : هذا مسلم اذا كان التعلي يسد الريح والشمس عن مثل ساحة دار الجار ، اما اذا كان يسدهما عن سطح بيته المسقف بالخشب ، فالظاهر : انه يمنع منه على ما افتى

به المتأخرون ، لان سد الريح والشمس عن السطح في بلادنا يمنع جفافه ، فيكثر وكف ماء المطر في البيت المسقف به ، فيمنع صاحبه من القرار فيه وربما يتسبب عنه وهن خشب السقف ، لتعفنه المؤدي الى سقوطه حتى ان الناس في بلادنا يعدونه ضرراً فاحشاً ، ولا شك ان الضرر الحاصل منه ، اكثر من الضرر الذي يحصل من دخان الفرن ، ورائحة معصرة ، ونحو ذلك تأمل .

المادة ١١٩٩ ـ ﴿ الضرر الفاحش كل ما يمنع الحوائج الاصلية يمنع المنفعة الاصلية المقصودة من البناء كالسكنى او يضر البناء او يجلب عليه وهنا ويكون سبب هدمه ﴾

وستأتي مسائله مفصلة في المواد الآتية وشرحها

المادة ١٢٠٠ ـ ﴿ يدفع الضرر الفاحش بأي وجه كان مثلا لو اتخذ في اتصال دار دكان حداد او طاحون فمن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء وباحداث فرن او معصرة لا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة فهذا كله ضرر فاحش باي وجه كان يدفع ويزال ﴾

عبارة جامع الفصولين : برمز الذخيرة ، اراد ان يبني في داره تنوراً للخبز الدائم او رحى للطحن او مدقة للقصارين ، يمنع عنه لتضرر جيرانه ضرراً فاحشاً اه

قال في رد المحتار : فانه يأتي من الفرن الدخان الكثير والرحى والدق بوهن البناء ، بخلاف التنور المعتاد في البيوت اه . وفي جامع الفصولين لو اتخذ داره حماماً ويتأذى الجيران من دخانها فلهم منعه الا ان يكون دخان الحمام مثل دخان

الجيران اه ٠

❋ وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق فيها نهراً الى طاحونه وجري الماء يوهن جدار الدار اواتخذ احد في اساس جدار جاره مزبلة والقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه رفع الضرر ❋

يمكن ان يقال ان القاء القمامة في اساس جدار الجار تصرف في ملك الغير بغير اذنه فيمنع منه ، وان لم يضر الآن بكون المراد القاءه في ملكه مجاوراً لاساس الجار بدون استناد عليه تأمل

❋ وكذلك لو احدث رجل بيدراً في قرب دار آخر و بمجيء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتي لا يطيق الاقامة فيها فله ان يكلفه رفع ضرره ❋

ينبغي تقييده بالبيادر الكثيرة بحيث يكون مجيء الغبار دائماً قياساً على التنور فانه اشترط في منعه ان يكون للخبز الدائم كما سمعت ، والا فان الغبار الذي يأتي من بيدر او بيدرين او ثلاثة لا يعد من الضرر الفاحش تأمل ٠

وذكر في الدر ، انه لو دبغ في داره وتأذى الجيران ان على الدوام يمنع وعلى الندرة يتحمل اه

❋ كما لو احدث رجل بناء مرتفعاً في قرب بيدر آخر وسد مهب ريحه فانه يكلفه رفعه للضرر الفاحش كذلك لو احدث رجل دكان طباخ في سوق البزازين و كان الدخان يضر بامتعة الجار ضرراً فاحشاً فانه يكلفه رفع ضرره و كذلك لو كان لرجل سياق في داره فانشق ونضرر جاره من جرى مائه ضرراً فاحشاً فبناء على دعواه يلزم تعمير ذلك السياق واصلاحه ❋

يعني بالمون والكلس بحيث يمنع الضرر ، فلو امر بذلك ولم يفعل ، فلو تقدم

اليه جاره لذلك واشهد عليه ضمن الضرر كالاشهاد على الحائط المائل ، والا لم يضمن كما في تنقيح الحامدية ، قال وفي جامع الفصولين : فلو اجرى الماء في ارضه اجراء لا يستقر فيها ضمن ، ولو يستقر فيها ثم يتعدى الى ارض جاره ، فلو تقدم اليه بالسكر والاحكام ولم يفعل ضمن كالاشهاد على الحائط المائل اه

واما ما في التنوير وغيره من مسائل شتى آخر الكتاب من قوله : اتخذ بئراً في ملكه او بالوعة فنز منها حائط جاره ، وطلب جاره تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحائط منه لم يضمن اه ، فهو مبني على اصل المذهب ، لا على المفتى به المختار للمشايخ ، وقوله : وان سقط الحائط منه لم يضمن ، مقيد بما اذا لم يكن الجار تقدم اليه بالاشهاد كما في رد المحتار . اقول : وينبغي ان الضمان انما يشترط له التقدم والاشهاد على قول ظاهر الرواية من ان له التصرف في ملكه ، وان اضر بالجار واما على المفتى به فلا لانه ممنوع عن التصرف ، لما فيه ضرر فاحش على الجار فيكون متعدياً باتخاذ البئر والبالوعة ونحوهما فتأمل .

وفي الانقروي ، عن البزازية : داران متلاصقان ، جعل احدهما في داره اصطبلاً ، وكان في القديم مسكناً ، وفيه ضرر للجار الملاصق . قال ابو قاسم ان كان وجوه الدواب الى جدار الدار ، لا يمنع وان حوافرها الى جدار الدار يمنع ، وعلى قول الامام في مسئلة الدواب لا يمنع كيفما كان . ثم اذا خرب جدار الدار وعلم ان خرابه بسبب الاصطبل ، قال الامام ظهير الدين لا يضمن ، لان فعل الدابة لا يضاف اليه ، وانما يضمن بالتسبب والمسبب ، انما يضمن اذا كان متعدياً . وهو في ادخال الدابة في ملكه ، غير متعد . فاندفع ما اذا ساق الدابة الى زرع الغير لانه متعد بالسوق اه . ومثله في جامع الفصولين والظاهر ان قوله ثم اذا خرب جدار الجار الى آخر العبارة ، مفرع على قول الامام ، واما على المفتى به الذي اختاره ابو القاسم ، اذا ربطها ، وحوافرها الى جدار الجار يكون متعدياً بالربط فيضمن ، وان كان متسبباً هذا ما يفيده سياق المسئلة وتعليلها فتأمل

وفي الانقروي عن القنية : نصب منوالاً لاستخراج الابريسم من الفيلق فللجيران المنع اذا تضرروا بالدخان ورائحة الديدان اه

وفيها عن البزازية : اراد اتخاذ داره بستاناً ، ليس للجيران المنع ان الارض

صلبة لا يتعدى الى جدر الجيران ضرره وان رخوة لهم المنع اه وفيها عن منية المفتي : سئل ظهير الدين عمن اتخذ دكانه بيت قصار ايمنعه الجيران اذا كانوا يتأذون بذلك قال لا قيل كيف يعمل قال يجاء بخباز ويعمل بجنبه حتى يتضرر . وقيل ان وهن الحايط المشترك بدق القصار ، يمنع والا فلا اه . وهذا الثاني هو المفتي به . والاول قول الامام بدليل ما في العمادية والفصولين : حكي عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان رجلاً شكي اليه من حفر بئر، حفره جاره في داره فقال احفر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل فنزت البئر الاولى فكبسها ربها . الا يرى انه لم يأمر الشاكي بمنع الحافر وانما هداه الى هذه الحيلة اه . ولو ان رجلا زرع في ارضه ارزاً ويتضرر جاره بذلك فان كان يخرج ماؤه ، الى ارض غيره ويفسدها بذلك ، كان للجار منعه . ولو اراد ان يتخذ داره حظيرة للغنم في سكة غير نافذة ويتأذى الجيران بنتن السرقين ولا يأمنون على الرعاة قال ابو القاسم للجيران منعه من ذلك اه خانية . والظاهر ان تقييد المسئلة في سكة غير نافذة اتفاقي ، اذ لا فرق بينها وبين النافذة اذا كان يتأذى الجيران تأمل

المادة ١٢٠١ - ✲ منع المنافع التي ليست من الحوائج الاصلية كسد الهواء والنظارة او منع دخول الشمس ليس بضرر فاحش لكن سد الضياء بالكلية ضرر فاحش فاذا احدث رجل بناء فسد بسببه شباك بيت جاره وصار بحال لا يقدر على القراءة معها من الظلمة فله ان يكلف رفعه للضرر الفاحش لا يقال الضياء من الباب كاف لان باب البيت يحتاج الى غلقه للبرد وغيره من الاسباب وان كان لهذا المحل شباكان فسد احدهما باحداث ذلك البناء فلا يعد ضرراً فاحشاً ✲

استظهر العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية ان الشباك كالباب من حيث انه قد يضطر الى غلقه لبرد ونحوه - فلعل المراد بالشباك المذكور في هذه المادة القمرية ، المعدة لمجرد الضوء فاذا كان له قمريتان او اكثر وكان لو سد بعضها ينتفع بالباقي ، لا يمنع من السد والا منع . واما الشباك المتسفل وان تعدد فلا اعتبار له ، لانه مضطر لغلقه في اكثر الاحيان - كما هو مشاهد في بلادنا - نعم لا يمنع من سد الشبابيك اذا كان يأتي له الضوء من القمارى العالية ، لانه انما يمنع من الهواء والنظارة وهو ليس من الضرر الفاحش هذا ما ظهر لي من كلامهم . وقد افتى في الحامدية بانه لو بنى بجانب داره وسد نصف شباك الجار فقل الضوء ولم يكن الضرر بيناً لا يمنع اهـ ثم ان منع دخول الشمس انما لا يكون من الضرر الفاحش اذا كان عن ساحة الدار وعن النوافذ التي تدخل منها الشمس الى داخل البيت او نحو ذلك - كما يشير الى ذلك لفظ الدخول في قوله هنا او منع دخول الشمس . واما منعها عن سطح البيت المسقف بخشب وعن الارض المعدة للزراعة فانه في بلادنا يعدونه من الضرر الفاحش ، لانه يمنع من المنافع التي هي من الحوائج الاصلية المقصودة منها - كالسكنى في البيت والزراعة في الارض وارجع لما كتبناه في شرح المادة ١١٩٦ والمادة ١١٩٨ وفي الانقروية : اراد هدم داره وفيه ضرر لاهل السكة بخراب المحلة المختار ان لهم المنع . وان هدم مع هذا وانه يضر بالجيران ان كان قادراً على البناء قيل يجبر ، والاصح انه لا يجبر بزازية في الحيطان في نوع في مسيل الماء (سي ط) له دار في محلة عامرة فاراد ان يخربها فله ذلك قياساً لا استحساناً وبه افتى (دحى) وقال (دنش) الفتوى اليوم على القياس لو هدم بيته ولم يبن وجيرانه يتضررون به ، فلهم جبره على البناء لو قادراً على البناء كذا (فد) وقال حش : المختار انه لا يجبر اذا المرء لا يجبر على بناء ملكه جامع الفصولين في ٣٥ اهـ ولا شك ان الضرر الذي يحصل من منع الشمس عن سطح البيت وارض الزراعة المذكورين اعظم من الضرر الذي يحصل من هدم دار من محلة

المادة ١٢٠٢ = ﴿ رؤية المحل الذي هو مقر النساء كصحن الدار

والمطبخ والبئر يعد ضرراً فاحشاً فاذا احدث رجل في داره شباكاً او بناءً مجدداً وجعل له شباكاً مطلاً على المحل الذي هو مقر نساء جاره الملاصق او الفاصل بينهما طريق فانه يؤمر برفع الضرر ويصير ذلك الرجل مجبوراً لدفع هذا الضرر بصورة تمنع وقوع النظر اما ببناء حايط او وضع طبلة لكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية كما اذا عمل ساتراً من الاغصان التي يرى من بينها مقر نساء جاره فانه يؤمر بسد محلات النظر ولا يجبر على هدمه وبناء حايط محله راجع مادة ٢٢ ✻

وهي ان الضرورات تقدر بقدرها . المقر اسم مكان محل القرار — كصحن الدار ومثله المطبخ والبئر لانه لا بد من القرار فيهما لاجل الطبخ وتهيئته ولاجل ادلاء الدلو واخراج الماء وكذا المشرقة والايوان اذا كان النساء يجلسن فيه ولو ليلاً او في الصيف مثلاً ويخرج به نحو الدرج ورأسه لانه ليس محل القرار والجلوس بل محل المرور والنزول والصعود — وعن هذا افتى في الحامدية فيما اذا كانت الشبابيك تشرف على اسطحة جاره ورأس درجه انه لا يؤمر بسدها ، لان ذلك ليس محل جلوس النساء وقرارهن — واما لو فتح شبابيك مقابلة لشبابيك قصر الجار بحيث يمكن الاشراف منها على داخل القصر ، فلا يمنع منها لما افتى به في الخيرية — من انه لو فتح كوة مقابلة لكوى جاره وموضع كوى الجار موضع النساء ، لا يمنع لانه لو ثبت للجار مطالبته بالمنع ، لثبت عليه للآخر مثله . والمنع من اصله خلاف القياس كما تقرر في كلامهم فليس له منعه والحال هذه اه . على ان نحو القصر والبيت يمكن دفع ضرر الاشراف عليها باغلاق غلقات الشبابيك والباب تأمل .

وبهذا تعلم سقوط ما في تنقيح الحامدية للعلامة بن عابدين من ان القصر اذا كان النساء يسكن فيه في الصيف مثلاً او في الليل دون النهار فالظاهر انه اي الاشراف عليه من شبابيك الجار ، من الضرر البين اه قايلاً تأمل . ووجه السقوط

ان شبابيك الجار انما تشرف عليه بواسطة شبابيكه فاذا طالب الجار بالمنع ، لطالبه الجار بمثله فاغتنم هذا التحرير . وبه تعلم حكمة اقتصار المجلة كغيرها من معتبرات المذهب على التمثيل لمقر النساء بصحن الدار والمطبخ والبئر ولم يمثل احد منهم بنحو القصر والبيت فتدبر

المادة ١٢٠٣ - ✻ اذا كان لواحد شباك فوق قامة الانسان فليس لجاره ان يكلفه سده لاحتمال انه يضع سلماً و ينظر الى مقر نساء ذلك الجار راجع المادة ٧٤ ✻

وهي قاعدة لا عبرة بالتوهم . قوله : لاحتمال ، علة للمنفي وهو ان يكلفه السد لا للنفي كما هو ظاهر . ثم ان تعليل تكليف صاحب الشباك سده بالاحتمال الذي هو مجرد التوهم ، يفيد انه لو كان تكليفه السد لتحقق صعوده على نحو السلم لاجل الاطلاع على عورات الجار بان ثبت ذلك بالبرهان او بدلائل قطعية ، فالقاضي يأمره بمنع ذلك الضرر على الوجه الذي ذكر في المادة السابقة ، لما تقرر من ان مفاهيم الكتب حجة ولانه لا حجة مع الاحتمال الناشيء عن دليل كما في المادة (٧٣) ولان الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان كما في المادة ٧٥ . ولا معنى لمعاملة هذا بما تضمنته المادة ١٢٠٥ الآتية كما زعم الشارح اللبناني ، لان الصاعد على الشجرة انما يصعد لقصد شرعي وهو قطع ثمر شجرته فهو مضطر لذلك فيلزمه الخبر للنساء قبل الصعود بخلاف من يتعمد الصعود على الشباك لاجل الاطلاع على نساء الجار فافهم .

المادة ١٢٠٤ - ✻ لا تعد الجنينة مقر النساء فاذا كان لرجل دار لا يرى منها مقر نساء جاره لكن ترى جنينته فليس له ان يكلفه منع نظارته من تلك الجنينة بمجرد خروج نسائه في بعض

الاحيان اليها ✵

تقييد كون خروجهن الى الجنينة في بعض الاحيان، يشعر بانه لو كان في اكثر الاحيان - بان كانت بيوتهن ليس لها ساحة دار تكون مقراً لهن كما في كثير من البلدان او كن ممن يشتغلن في الجنينة لاستغلال ارضها وخدمة مزروعاتها يكون الاشراف عليها من شبابيك الجار من الضرر الفاحش فيؤمر بمنعه باحد الوجوه السابقة ، لان الجنينة حينئذٍ تكون مقراً للنساء وقد تقرر ان المعلول يدور مع علته وجوداً وعدماً .

المادة ١٢٠٥ = ✵ اذا كان لرجل شجرة فاكهة في جنينته وفي صعوده اليها يشرف على مقر نساء جاره فيلزمه عند صعوده اعطاء النساء الخبر لاجل التستر فان لم يخبر يمنعه الحاكم عن الصعود بلا اخبار ✵

ذكر المسئلة في جامع الفصولين ، وقال المختار ان المشتري يخبرهم وقت الارتقاء مرة او مرتين ليستروا انفسهم ، اذ هذا جمع بين الحقين ولو لم يفعل يرفع الى القاضي فلو رأى القاضي المنع فله ذلك اه .

وظاهره ان له المنع من الصعود مطلقاً لا منه بلا اخبار تأمل . وفي الخانية في فصل فيما يتضرر به الجيران من كتاب البيوع : رجل اشترى شجرة سطحها وسطح جاره مستويان ، فأخذ جاره حتى يتخذ حائطاً بينه وبين جاره ، ليس له ذلك لان الانسان لا يجبر على البناء في ملكه ولو اراد الجار ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة - قالوا ان كان في صعوده يقع بصره في دار جاره ، كان له ان يمنعه من الصعود حتى يتخذ سترة -- وان كان لا يقع بصره في داره لكن يقع بصره عليهم اذا كانوا على السطح ، لا يمنعه عن الصعود ، لان جاره شاركه

في الضرر اه ·

اقول : وقد جرت عادة بعض البلدان الحارة انهم ينامون رجالاً ونساء على اسطحة بيوتهم ليلاً فكانت الاسطحة بهذا مقراً للنساء فيؤمر الجاران باتخاذ سترة مشتركة بينهما كما سيأتي في المادة الآتية

المادة ١٢٠٦ = ﴿ اذا اقتسم اثنان داراً مشتركة بينهما و كان يرى من الحصة التي اصابت احدهما مقر نساء الآخر يؤمران أن يتخذا سترة مشتركة بينهما ﴾

ذكر المسئلة في الخانية وقال: ويخرج كل واحد منهما من النفقة بحصته يفعله القاضي على وجه المصلحة اه · لان الغرم بالغنم كما تقدم في المادة ٨٧ وفي ٢٦ من الفصولين: وقال بعضهم لا بد من بناء يكون ساتراً بينهما وبه نأخذ ، وانما قال اصحابنا انه لا يجبر ، لانهم كانوا في زمن الصلاح ، اما في زماننا لا بد من حاجز بينهما اه · وعليه لو بناه احدهما فله الرجوع بما انفقه على صاحبه لانه مضطر على التفصيل المتقدم ·

المادة ١٢٠٧ = ﴿ رجل يتصرف في ملكه تصرفاً مشروعاً فجاء آخر واحدث عنده بناء فان كان هذا المحدث متضرراً فعليه دفع الضرر مثلاً اذا كان لدار قديمة شباك مشرف على مقر نساء دار محدثة فيلزم صاحب الدار المحدثة ان يدفع هو مضرته وليس له صلاحية ان يدعي على صاحب الدار القديمة كما لو احدث شخص داراً في عرصته المتصلة بدكان حداد فليس له ان يعطل دكان الحداد بقوله انه يحصل

لداره ضرر فاحش من طرق الحديد وكذا اذا احدث رجل داراً بالقرب من بيدر قديم فليس له ان يمنع صاحب البيدر من التذرية قائلاً ان غبار البيدر يجيء على داري ✻

هذه المسئلة لم ارها منقولة فيما عندي من كتب المذهب ولعل جمعية المجلة قد ذكرتها تفقهاً وهو تفقه حسن ، لان المحدث هو الذي جلب الضرر على نفسه ببنائه ، فهو المكلف لرفع الضرر عنها دون غيره ويمكن . ان تكون المجلة اخذت بقول ابي حنيفة الذي هو ظاهر الرواية من ان الانسان له التصرف في ملكه ، وان اضر بغيره في مثل هذه المسئلة واخذت بما افتى به المتأخرون في غيرها فلم تخرج عن المذهب . واما تخريج هذه المادة على قاعدة يبقى القديم على قدمه فغير صحيح ، لما افتى به في الحامدية تبعاً لما في حاشية البحر للخير الرملي - من ان الضرر يزاح ولو قديماً ، وانه لا فرق بين القديم والحادث حيث كانت العلة الضرر البين لوجودها فيهما . ولا منافاة بين هذا وبين ما ذكر في هذه المادة ، لان قوله لا فرق بين القديم والحادث اي بالنسبة الى ضرر يجب ازالته لتعدي الآتي به فتدبر .

المادة ١٢٠٨ = ✻ اذا كانت شبابيك منزل قديم مشرفة على عرصة خالية فاحترق هذا المنزل ثم احدث صاحب العرصة فيها داراً و بعده اعاد صاحب المنزل منزله على وضعه القديم فصارت شبابيكه مشرفة على مقر النساء من الدار المحدثة فصاحب هذه الدار هو يرفع المضرة عن نفسه وليس له ان يجبر صاحب المنزل و يقول امنع نظر منزلك ✻

لانه لما كان لصاحب المنزل القديم حق اعادته كما كان ، لان ما كان قديماً يترك

على حاله ولا بغير الا بحجة كما في الخانية من الشرب ، صار صاحب الدار كأنه احدثها حال قيام المنزل وقد تقدم الحكم في هذا في المادة السابقة

المادة ١٢٠٩ - ﴿ اذا احدث شخص شبابيك في داره يمنع اشرافها على مقر نساء جاره بناء مرتفع لذلك الجار فهدم الجار هذا البناء المرتفع وصارت الشبابيك مشرفة على مقر نساء الجار فليس له ان يقول للشخص سد الشبابيك بمجرد كون الشبابيك محدثة. بل يلزم الجار ان يدفع مضرة نفسه ﴾

الظاهر ان الحكم كذلك لو انهدم الحايط بدون فعل صاحبه ويحرر . واحترز بكون البناء المرتفع للجار المتضرر، عما اذا كان مشتركاً بينه وبين محدث الشبابيك - فالظاهر ان الحكم فيه ما ذكره في الخانية بقوله : جدار بين دارين انهدم ولاحدهما بنات ونسوة فاراد صاحب العيال ان يبنياه وأبى الآخر - فان كان اصل الجدار يحتمل القسمة ويمكن لكل واحد منهما ان يبني في نصيبه سترة ، لا يجبر الآبي على البناء وان كان اصل الحايط لا يحتمل القسمة على هذا الوجه ، يؤمر الآبي بالبناء اه بقي ما اذا كان البناء المرتفع لمحدث الشبابيك خاصة - والظاهر انه لا يجبر على بنائه لان الانسان لا يجبر على بناء ملكه ولكن يؤمر بمنع اشراف شبابيكه عن مقر نساء الجار على الوجه المذكور في المادة ١٢٠٢ ويحرر

المادة ١٢١٠ - ﴿ احد شريكي الحائط ليس له ان يعليه ولا ان يركب عليه بقصر ولا بغيره بدون اذن الآخر سواء كان ما يفعله مضراً بالآخر او لا . لكن اذا اراد احدهما بناء بيت في عرصته فله ان يضع رؤس جذوعه لكن ان وضع عشرة اخشاب كان لشريكه

ايضا حق ان يضع قدرها وانما يضع نصف ما يتحمل الحايط من الاخشاب ليس له ان يتجاوزها وان كان على ذلك الحايط ركوب لهما على التساوي واراد احدهما ان يزيد في اخشابه فللآخر منعه ❋

يعني ان الأصل في الحايط المشترك، ان كل واحد من الشريكين، ممنوع عن التصرف فيه — بان يبني عليه او يتخذ عليه سترة او يفتح كوة او بابا وللآخر منعه من ذلك، لانه تصرف في المشترك فلا بد من اذن شريكه — لكن القياس ترك في وضع الجذوع عليه لضرورة انا لو منعناه عن وضع الخشب الا باذن شريكه ربما لا يأذن له فيتعطل عليه منفعة الحايط لان الحايط يبنى للتسقيف عليه وهذه الضرورة منعدمة في غير وضع الخشب عليه جامع الفصولين

وحاصل ما ذكروه في ذلك انه لو لا خشب لواحد، فلاحدهما ان يضع عليه خشبا وللآخر وضع مثله لا منعه. ولو لاحدهما عليه خشب فللآخر وضع مثله اذا استويا في اصل الملك فيستويان في الانتفاع به. هذا اذا احتمل الحايط مثل ذلك الخشب لو وضع عليه — فلو علم انه لا يحتمل، يؤمر شريكه برفع بعض خشبه — حتى يبقى ما يحتمل الحايط مثله اذ رب الخشب لو كان وضعه بلا اذن شريكه، فغاصب ولو باذنه، فالآخر معير لنصيبه من الحايط وللمعير ان يسترد العارية. ولو جذوع احدهما اكثر فللآخر ان يزيد في جذوعه لو يحتمله الحايط ولم يفصلوا بين حديث وقديم. هذا ما يؤخذ من هذه المادة منطوقا ومفهوما وبه قال الامام ابو القاسم وقال الفقيه ابو الليث وبه نأخذ وبه افتى شمس الايمة السرخسي خلافا — للفقيه ابي بكر البلخي — حيث قال ان كانت حمولة شريكه محدثة فللآخر ان يضع مثل حمولته وان كانت حمولة الشريك قديمة ليس للآخر ان يضع. هذا خلاصة ما في الخانية والعمادية والفصولين وقد علمت ان المأخوذ به هو الاول وعليه مشت المجلة فافهم وقوله لو يحتمله الحايط اي وان لم يحتمله يؤمر الشريك برفع بعض خشبه حتى يبقى ما يحتمله اذا استويا كما افاده اولا وهو ظاهر.

المادة ١٢١١ = ﴿ليس لأحد الشريكين في الحايط المشترك ان يحول محل اخشابه التي على الحايط يميناً او شمالاً ولا من اسفل الى اعلى اما اذا كانت روس اخشابه عالية واراد تسفيلها فله ذلك﴾

هذا اذا لم يكن للآخر عليه شيء ففي ٣٦ من جامع الفصولين : حايط بينهما ليس لاحدهما عليه شيء وللآخر عليه جذوع في اعلاه فاراد ان يسفلها، فله ذلك، لأنه اقل ضرراً ولو اراد ان يرفعها من السفل الى الاعلى ليس له ذلك فلو لكل واحد جذوع، فالذي السفل رفعها بحذاء الاعلى لو لم يضر بالحائط. ولو اراد احدهما نزع جذوعه من الحايط فله ذلك لو لم يضر بالحايط. وسئل ابو بكر عن جدار بينهما لهما عليه حمولة، وحمولة احدهما اسفل من حمولة الآخر فله ان يرفع حمولته ويضعها بازاء حمولة صاحبه ولو كانت حمولة احدهما في وسط الجدار وحمولة الآخر في اعلاه ورب الاوسط اراد ان يضع حمولته في اعلى الجدار - فلو كان الجدار من اسفله الى اعلاه بينهما ولا يتضرر رب الاعلى، فله ذلك لا لو تضرر. ولو له بناء على حايط بينهما فاراد ان يحول الجذوع عن مواضعها بان يسفلها او يرفعها او يجعلها من الايمن الى الايسر او بالعكس، ليس له ذلك الا ان يسفل الاعلى، لانه اقل ضرراً بالحايط اذ الاساس يحتمل ما لا يحتمله رأس الحايط اه

فتلخص من هذا انه لو كانت الحمولة لاحدهما فقط فاراد ان يرفعها من الاسفل الى الاعلى ليس له ذلك مطلقاً، لتحقق ان اسفل الحايط يحتمل ما لا يحتمل اعلاه — نعم اذا كانت حمولة احدهما اسفل فرفع حمولة بازاء صاحبه مقيد، بعدم الضرر بصاحبه وبه تعلم سقوط ما تفقه به الشارح اللبناني فافهم

المادة ١٢١٢ - ﴿اذا كان لشخص بئر ماء حلو واراد جاره ان يبني في قربه كنيفاً او سياقاً مالحاً وكان ذلك يفسد ماء البئر فان

ضرره بدفع وان كان ضرره لا يقبل الدفع بوجه فذلك الكنيف او السياق يردم كذلك اذا كان طريق ماء حلو فبنى آخر عنده سباقاً مالحاً وقذره يضر بالماء الحلو ضرراً فاحشاً ولم يمكن دفعه الاّ بالردم فانه يردم

المراد بالحلو الطاهر وبالمالح النجس كما هو ظاهر وقوله فان ضرره بدفع يعني بأحكام بناء الكنيف او السياق بالكلس والمؤن كما لو كان الكنيف او السياق قديماً فانبثق حتى تضرر به الجار كما تقدم في المادة ١٢٠٠ وفي الخانية من الطهارة وينبغي ان يكون بين بئر البالوعة وبين بئر الماء مقدار ما لا يصل النجاسة الى بئر الماء وقدر في الكتاب بخمسة اذرع او سبعة وذلك غير لازم انما المعتبر عدم وصول النجاسة وذلك يختلف بصلابة الارض ورخاوتها اه .

— الفصل الثالث —

✻ في الطريق ✻

المادة ١٢١٣ ✻ اذا كان على طرفي الطريق لاحد داران فاراد انشاء جسر من واحدة الى الاخرى يمنع ولا يهدم بعد انشائه ان لم يكن فيه ضرر على المارين لكن لا يكون لاحد حق قرار في الجسر والبروز على الطريق العام فاذا انهدم الجسر المبني على الطريق العام على الوجه المسطور فاراد صاحبه اعادته يمنع ✻

وهكذا الحكم لو احدث كنيفاً او ميزاباً او جرصناً كبرج وجذع وممر علو

وممر طاقة ونحوها كما في الدر وغيره

قال الزيلعي : قال ابو حنيفة لكل احد من عرض الناس اي اضعفهم وارذلهم ان يمنعه من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع — سواء كان فيه ضرر اولم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رأيه ، لان التدبير في امور العامة ، الى الامام وعلى قول ابي يوسف لكل احد ان يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار في يده خاصة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتاً ولا كذلك قبل الوضع ، لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة ولكل احد يد فيه والذي يريد الاحداث بقصد ابطال ايديهم العامة وادخاله في يده الخاصة — فكان لكل احد ان يمنعه من ذلك وعلى قول محمد ليس لاحد ان يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر الناس اه وتمامه فيه

والحاصل انهم اتفقوا عند وجود الضرر للعامة ان لكل احد المنع والرفع بعد الوضع — الا اذا كان الوضع باذن الامام . واختلفوا في المنع قبل الوضع وفي الرفع بعد الوضع عند عدم الضرر وعدم الاذن من الامام على ما بينا . وانت ترى ان المجلة اختارت قول الامام وصاحبه الاول في المنع قبل الوضع وقول الصاحبين في عدم الرفع بعد الوضع الا اذا كان مضراً . وافادت ايضاً فايدة سنية وهو انه لو انهدم ذلك الموضوع عاد الحكم الى اصله قبل الوضع فيجري فيه الخلاف السابق وقد علمت ما اختارته المجلة . وانما لم يثبت له حق القرار لانه بالانهدام زالت يده الخاصة فهو يريد بالاحداث مرة ثانية ، ابطال ايدي العامة فلكل واحد منهم منعه فتدبر

واعلم ان هذا ما يتعلق بهذه المسئلة — من حيث الخصومة فيها واما ما يتعلق بها من حيث حل الوضع وحل الانتفاع به بعده ومن حيث ضمان ما يتلف به ، فقد تقدم الكلام عليه في المادة ٩٢٧ وشرحها فارجع اليه

تنبيه

جميع ما ذكرنا يوضع في الطريق العام اما الطريق الخاص فسيأتي بيان

الحكم فيه في المادة ١٢٢٠

المادة ١٢١٤ = ﴿ ترفع الاشياء المضرة بالمارين ضرراً فاحشاً ولو قديماً كالغرفة والبروز على الطريق العام الدانيين الوطيئين ﴾

هذه المادة تصريح بمفهوم المادة السابقة وهو ان ما كان وضعه مضراً يرفع اتفاقاً — لكن هذا اذا لم يكن الوضع باذن الامام والا فليس لاحد منازعته ، وان ضر — كما صرح به مسكين حيث قال: اما اذا كان باذن الامام فليس لاحد ان يمنعه ولا ان ينازعه — لكن لا ينبغي للامام ان يأذن به اذا اضر بالناس بأن كان الطريق ضيقاً — لكن لو رأى المصلحة مع ذلك واذن جاز اه — لكن يأثم بالانتفاع بما هو مضر وان كان باذن الامام كما في رد المحتار وعليه يحمل ما في الشمني انه مع الضرر لا يجوز بلا خلاف — اذن الامام او لم يأذن اه

المادة ١٢١٥ = ﴿ اذا اراد وضع الطين في الطريق لاجل تعمير داره فله وضعه في طرف منه وصرفه سريعاً الى بنائه بشرط عدم الضرر للمارين ﴾

وكذا كل ما لا يبقى كوضع الخشبة وامساك الدابة على باب داره ومنه القعود فيه لبيع وشراء ففي التنوير: والقعود في الطريق لبيع وشراء على هذا التفصيل يعني المتقدم — وهو انه يجوز ان لم يضر باحد والا لا اه قال في الدر وهذا في النافذ وفي جامع الفصولين اراد ان يتخذ طيناً فيه اي في غير النافذ فلو ترك من الطريق قدر المرور و يتخذ في الاحايين مرة ويرفعه سريعاً ، فله ذلك ولكل امساك الدواب على باب داره اه. فاذا اجاز ذلك في الغير النافذة مع انها مملوكة لاهلها ، فبالاولى ان يجوز في النافذة ، لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به ما لم يضر بأحد ، ولانه اذا كان الطريق نافذاً كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل

فجعل كل واحد كانه هو المالك وحده في حق الانتفاع ما لم يضر باحد افاده هذا الزيلعي .

المادة ١٢١٦ — ﴿لدى الحاجة يؤخذ ملك كاين من كان بالقيمة بأمر السلطان و يلحق بالطريق لكن لا يؤخذ من يده ما لم يؤد له الثمن انظر الى مادتي ٢٥١ و ٢٦٢﴾

فقد افادت الاولى ان البيع المطلق ينعقد على تعجيل الثمن وافادت الثانية ان العقد متى تم كان على المشتري ان يسلم الثمن اولاً تأمل .

ثم ان جواز اخذ ملك الغير جبراً لاجل الحاقه بالطريق لم ار فيه الآن نقلاً صريحاً سوي ما ذكره في التنوير من كتاب الوقف حيث قال تؤخذ ارض ودار وحانوت بجنب مسجد ضاق على الناس بالقيمة كرها اه ومثله في الدرر والعمادية وغيرها .

قال في رد المحتار لما روي عن الصحابة رضي الله عنهم لما ضاق المسجد الحرام اخذوا ارضين بكره من اصحابها بالقيمة وزادوا في المسجد الحرام اه فيمكن الحاق الطريق بالمسجد باعتبار حاجة عامة الناس اليها ويمكن ايضاً تخريج المسئلة على المادة ٢٦ من انه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام وعلى المادة ٢٧ من ان الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف كما جوزوا بناء عليها بيع طعام المحتكر جبراً عليه عند الحاجة اذا امتنع عن بيعه دفعاً للضرر العام وكما جوزوا تملك مال الغير جبراً عليه في مسائل كثيره عند الحاجة ومنها ما اذا ابتلعت دجاجة رجل لؤلؤة آخر تأمل .

ثم رايت النقل الصريح في المسئلة في الخانية من فصل احياء الموات آخر كتاب الزكاة قبيل كتاب الحج حيث قال قالوا وللسلطان ان يجعل ملك الرجل طريقاً عند الحاجة اه .

المادة ١٢١٧ — ﷺ يجوز ان يأخذ شخص فضلة الطريق من جانب الميري بثمن مثلها و يلحقها الى داره حال عدم المضرة للمارين ﷺ

ذكر في الخانية آخر كتاب الزكاة في فصل احياء الموات ما نصه: وفي نوادر ابن رستم للوالي ان يعطي من طريق الجادة احداً ليبني عليه اذا كان لا يضر بالمسلمين وان كان يضر ليس له ذلك وليس هذا الا للخليفة اهـ.

المادة ١٢١٨ - ﷺ يجوز لكل واحد ان يفتح بابا مجدداً الى الطريق العام ﷺ

لان له المرور فيه من اي جهة شاء، لانه حق العامة — فله ان يفتح باباً آخر كيفما شاء (حامدية) بخلاف السكة الغير نافذة فان لها اعلى واسفل فليس له ان يفتح باباً يكون اسفل من بابه، لانه ليس له فيه حق المرور كما في شرح المادة الآتية فافهم.

المادة ١٢١٩ - ﷺ لا يجوز لمن لم يكن له حق المرور في طريق خاص ان يفتح عليه باباً ﷺ

لانه مملوك لاهله وفتح الباب اليه من غيرهم تصرف في مال الغير بغير اذنه فيمنع — حتى لو كان لرجل دار بابها في سكة وظهرها في سكة اخرى غير نافذة فأراد ان يجعل لداره باباً في هذه السكة الخاصة، فالصحيح انه يمنع من ذلك، اذا لم يكن له حق المرور في هذه السكة كما في الخانية
قيد بقوله اذا لم يكن له حق المرور لما في الفصولين، له دار في سكة لا تنفذ فشري

بجنب داره بيتا ظهره في هذه السكة — قيل له ان يفتح من ظهره بابا في السكة وقيل لا . وفرق بينه وبينها اذا اراد ان يفتح بابا للبيت في داره ليدخل منه في داره ويتطرق من داره الى السكة فان له ذلك . والفرق انه لو فتح للبيت بابا في السكة يصير طريق السكة طريقا للبيت، اذ الدخول في البيت يكون من طريق السكة واما لو فتح للبيت بابا في داره فطريق السكة لا تصير طريقا للبيت، اذ لا يدخل في البيت من طريق السكة انما يدخل من داره بحكم الملك لا بحكم الطريق ولا يصير طريق الدار طريقا للبيت — فلو آجر البيت المشتري وترك الدار لنفسه ثم اراد ان يفتح للبيت بابا في داره ليدخل المستأجر من طريق السكة في الدار ومن الدار يدخل في البيت، يمنع منه ولو آجر البيت والدار من واحد واراد المستأجر ان يفتح بابا في داره ليدخل كما مر، لا يمنع من ذلك، لقيام المستأجر مقام المؤجر ولم يبق للمؤجر طريق فيكون المار واحدا فلا يزيد الشريك . ولو كانت الدار ميراثا بين قوم في سكة لا تنفذ واقتسموها على ان يفتح كل منهم في نصيبه بابا فلهم ذلك، ولو ابى اهل السكة، لان لمورثهم في حياته ان يفتح بابا آخر في السكة، اذ لا يزيد على حقه اذ مروره من باب واحد ومن عشرة، على السواء اه مختصرا

وبهذا تعلم ان ما في التنوير من فصل الشرب — من انه اذا اراد احد الشركاء في الطريق ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق، ليس له ذلك بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع، لان المارة لا تزداد اه، جار على القيل الاول اذ علمت ان المسألة خلافيه وفي الخانية : رجل له دار في سكة غير نافذة لها باب اراد ان يفتح لها بابا آخر اسفل من بابها اختلفوا فيه — والصحيح انه ليس له ذلك . ولو اراد ان يفتح بابا آخر اعلى من بابه كان له ذلك اه

قال الرملي في حاشية الفصولين : ان في المسألة اختلاف الفتوى والتصحيح فيرجع الى ظاهر الرواية وهو المنع الذي صححه قاضي خان وهو موافق لمذهب الشافعي ووجهه ظاهر وهو انه ليس له حق المرور فيما وراء باب داره القديم اه — وعليه فما تقدم اي في المادة ١١٧٢ من ان كل واحد من المتقاسمين له ان

يفتح في نصيبه بلفظ - اما ان يكون مخرجاً على القول المقابل لما صححه قاضي خان لانه مصحح ايضاً كما علمت - واما انه مقيد بما اذا ارادوا فتح الابواب فيما قبل الباب القديم لا فيما بعده افاده في جامع الفصولين ورد المحتار. وهذا هو الظاهر من هذه المادة حيث افادت ان الذي يسوغ له ان يفتح في الطريق هو من له حق المرور فيه فمن له حق المرور في جميعه - بأن كان بابه في اسفل السكة الى الداخل، له ان يفتح باباً لتلك الدار من اي محل اراده ومن له حق المرور في بعضه - بان كان بابه في وسط السكة مثلاً، كان له فتح باب آخر فيما يلي باب داره الى جهة الطريق العام فقط، لانه هو الذي له حق المرور فيه لا فيما وراءه الى اسفل السكة اذ ليس له حق المرور فيها. وهذا موافق لما قررناه في شرح تلك المادة وهي المادة ١٧٢ فليراجع. وفيه قال في المنية: دار لرجل بابها في سكة غير نافذة فاشترى بجنبها داراً بابها في سكة اخرى له فتح باب لها في داره الاولى لا في السكة الاولى. وبه افتى ابو جعفر وابو الليث وقال ابو نصير له ذلك، لأن اهل السكة شركاء فيها بدليل ثبوت حق الشفعة للكل اه ملخصاً

قلت الظاهر انه مبني على الخلاف السابق والله تعالى اعلم اه وفي التنوير تبعاً لعامة المتون مانصه: زايغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة، يمنع اهل الاولى عن فتح باب في القصوى - وفي مستديرة لزق طرفاها، لا يمنع اه فقوله زايغة اي سكة زايغة اي حايدة على الطريق الاعظم وقوله مستطيلة اي طويلة من استطال بمعنى طال وهي اعم من ان تكون نافذة او غير نافذة وقوله يتشعب عنها سكة مثلها غير نافذة اي يتشعب عنها مثلها في كونها طويلة حال كونها غير نافذة. واحترز بكونها طويلة عن المستديرة و بكونها غير نافذة عن النافذة فان اهل السكة الطويلة الاولى لا يمنعون عن فتح الباب فيهما اما في المستديرة فلأنها كساحة مشتركة - واما النافذة، فلأن الاستطراق فيها حق العامة وهم من جملتهم - بخلاف ما اذا كانت المتشعبة القصوى طويلة وغير نافذة. ومثل الطويلة المربعة فان اهل الزايغة، يمنعون عن فتح الباب الى المتشعبة القصوى، اذ لا حق لهم اي لاهل الزايغة الاولى في المرور في المتشعبة القصوى - بل هو لاهلها على الخصوص، ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لاهل الاولى شفعة فيها بحق الشركة في الطريق.

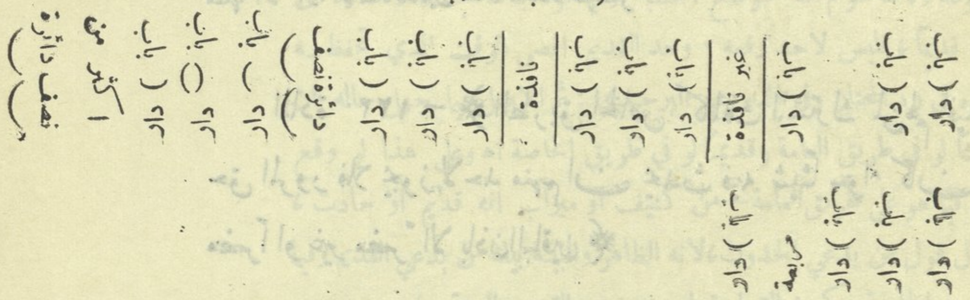
وهـذا بخلاف اهل القصوى فان لاحدهم ان يفتح بابًا في الاولى لأن له حق المرور فيها وهـذا اذا فتح في جانب يدخل منه اليها اما في الجانب الآخر غير النافذ لا .

والحاصل ان الزايغة الاولى اذا كانت غير نافذة واراد واحد من اهل القصوى فتح باب في الاولى له ذلك ان كانت داره متصلة بركن الاولى وكانت من جانب الدخول الى القصوى اما لو كانت من الجانب الثاني فلا ، اذ لا حق له في المرور في الجانب الثاني — بخلاف ما اذا كانت الاولى نافذة فان له المرور من الجانبين فيكون له فتح الباب من الجانب الثاني ايضًا . وبهذا يظهر الفرق بين كون الاولى نافذة اولا وبه يعلم ايضًا ان المتون ، جارية على ما تقدم تصحيحه عن قاضي خان — وهو انه لو اراد فتح باب اسفل من بابه والسكة غير نافذة يمنع منه — وعن هذا قال في الخيرية والمتون على المنع فليكن المعول عليه .

واعلم ان الزايغة اذا كانت مربعة غير نافذة ، فهي كالطويلة الغير نافذة واذا كانت مربعة نافذة فهي كالطويلة النافذة ، لما علمت من ان الاحتراز بالطويلة عن المستديرة فقط . واعلم ايضًا ان المستديرة انما تكون كالساحة ولكل من اهل الزايغة الاولى حق المرور فيها ، اذا كانت مثل نصف دايرة او اقل — فلو كانت اكثر من ذلك كانت كالمربعة فيمنع اهل الزايغة الاولى من فتح باب فيها الا اذا كانت نافذة ، لانه اذا كان داخلها اوسع من مدخلها لا تكون كالساحة المشتركة — بل تصير موضعًا آخر غير تابع للزايغة ، الاولى قاله صدر الشريعة ومنلا مسكين واقره في الدر وفي حاشية ابي السعود على مسكين . هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والكنز وشروحه وقد صور العلامة بن عابدين في رد المحتار هذه المسايل بصورة جامعة للمستطيلة المتشعب عنها مستطيلة مثلها نافذة وغير نافذة ومستديرة نصف دايرة فأقل ومربعة وزدت فيها مستديرة اكثر من نصف دائرة فان لها حكم المربعة والطويلة — على ما ذكره صدر الشريعة ومنلا مسكين كما تقدم وبقي من الصور صورة المربعة اذا كانت نافذة وكذا المستديرة اكثر من نصف دايرة اذا كانت نافذة ولا حاجة الى ذكرها لان حكمها يعلم من الطويلة النافذة لانها مثلها واما — المستديرة نصف دائرة او اقل فلا فرق في حكمها بين ان تكون نافذة

او غير نافذة هكذا :

(المتشعبة الطويلة الاولى)



لا يخفى ان الذي يتصور ، له ان يفتح باباً لداره في المتشعبة الثانية وهي القصوى ، هو صاحب الدار الكائنه في ركنها ، لان جداره فيها ، اما من قبله فلا يمكنه ذلك ، لان جداره في الاولى — فالدار الثالثة التي في ركن المتشعبة الغير النافذة لو كان بابها في المتشعبة الطويلة الاولى ، يمنع صاحبها عن فتح الباب في المتشعبة الثانية الغير النافذة ، لانه ليس له حق المرور فيها . و لو كان بابها في هذه المتشعبة الثانية الغير نافذة ، لا يمنع من فتح الباب في الاولى الطويلة . واما الدار الرابعة التي في ركن الثاني لو كان بابها في الطويلة يمنع من فتحه في المتشعبة الثانية المذكورة ، و كذا لو كان في المتشعبة الثانية يمنع من فتحه في الطويلة الاولى ، لانه ليس له حق المرور في ذلك الجانب — لكن هذا اذا كانت الطويلة الاولى غير نافذة . اما لو كانت نافذة فلا يمنع ، لان له حق المرور حينئذ من الجانبين كما قلنا . واما الدار الخامسة التي في ركن الاول من المتشعبة الثانية النافذة فلصاحبها فتح الباب فيها وفي الطويلة الاولى — بخلاف الدار السادسة التي في الركن الثاني من المتشعبة الغير نافذة . صوابه الثانية النافذة المذكورة فانه لو كان بابه فيها يمنع من الفتح في الطويلة لو غير نافذة لا لو نافذة كما علمت . واما الداران الكائنتان في ركني المستديرة نصف دايرة او اقل ، فلهما حكم الدارين الكائنتين في ركني النافذة المذكورة ، لانها كساحة مشتركة بين اهل الطويلة الاولى كما تقدم بخلاف الدور الاربعة الكائنات على اركان المربعة و المستديرة اكثر من

تضعف دايرة فان لها حكم الدارين الكائنين في ركني الطويلة الغير النافذة لانها مثلها الا اذا كانتا نافذتين فكالنافذة فتبصر ·

المادة ١٢٢٠ — ❊ الطريق الخاص كالملك المشترك لمن لهم فيه حق المرور فلا يجوز لاحد منهم ان يحدث فيه شيئاً سواء كان مضراً او غير مضر الا باذن الباقين ❊

هذا اذا كان ما يحدثه مما يبقى كالكنيف والميزاب والجرصن والظلة وما اشبهها — اما ما لا يبقى فلا يمنع منه اذا لم يكن مضراً كوضع الخشبة وامساك الدابة على باب داره والتوضي ووضع في بعض الاحايين ويرفعه مسرعاً كما تقدم نقله عن جامع الفصولين في شرح المادة ١٢١٥

قال في رد المحتار معزياً للتتارخانية : ان فعل في غير النافذة ما ليس من جملة السكنى لا يضمن حصة نفسه لو تلف به شيء ويضمن حصة شركائه — وان من جملة السكنى فالقياس كذلك · وفي الاستحسان لا يضمن شيئاً اه ·

وقوله الا باذن الباقين اي ما دام الآذن باقياً على اذنه حتى لو رجع احدهم عن اذنه وطالبه برفع ما احدثه كان عليه الرفع لما سيأتي في المادة ١٢٢٦ من ان المبيح له ان يرجع عن اباحته وبه صرح في الخيرية فقال : ولو اذن اصحاب الطريق الخاص لاحدهم بنصب ميزاب على الطريق فلهم ان يطالبوه برفعها لان للمبيح الرجوع من اباحته اه و كذا الحكم لو باع الآذن من آخر فللمشتري منه ان يطالبه برفعه وان كان المشتري من غير اهلها كما في الخانية

المادة ١٢٢١ — ❊ ليس لأحد اصحاب الطريق الخاص ان يجعل ميزاب داره التي بناها محدثاً الى ذلك الطريق الا باذن سائر اصحابه ❊

لان الميزاب مما يبقى فكان كالكنيف والظلة والجرصن وخصه بالذكر لكثرة وقوعه ودفعاً لتوهم انه كوضع الخشبة . وفي قوله بناها مجدداً ، اشارة الى انه لو كان قديماً ، فليس لاحد رفعه . وحد القديم اقصى الوقت الذي تحفظه الناس افاده في رد المحتار وفي الدر عن البرجندي : ثم الاصل فيما جهل حاله ان يجعل حديثاً لو في طريق العامة وقديماً لو في طريق الخاصة اه وعلى هذا لو وقع الاختلاف فيما هو على طريق العامة — من كنيف او ميزاب انه قديم او حادث ، يكون القول قول من يدعي الحدوث ، لانه الظاهر والبينة بينه من يدعي القديم وفيما هو على طريق الخاصة يكون القول قول من يدعي القديم والبينة على من يدعي الحدوث ، لانها شرعت لاثبات خلاف الظاهر افاده في تنقيح الحامدية وسيأتي له زيادة ايضاح في شرح المادة ١٧٦٨

المادة ١٢٢٢ - ✻ اذا سد احد بابه الذي هو الى الطريق الخاص فلا يسقط حق مروره بسده اياه فيجوز له ولمن اشترى منه ان يفتحه ثانياً ✻

هذا اذا كان اهل هذا الطريق يقرون له بحق المرور — فان انكروا ذلك — فان كان يدعي انه كان له حق المرور فيما مضى وتركه مدة تمنع من سماع الدعوى ، تكون دعواه غير مسموعة كما سيأتي بيانه في المادة ١٦٦٢ والا ، فعليه اثبات ذلك بالبينة الشرعية ففي الحامدية عن الفصل ٢٤ من العمادية : واذا باع الرجل داراً بابها في سكة نافذة وقد كان باب تلك الدار في سكة غير نافذة واراد المشتري ان يفتح باباً الى تلك السكة ومنعه الجيران عن ذلك ، ينظر ان اقر اهل السكة بذلك الباب فله ان يفتحه ويمر منه ، لانه قايم مقام البايع وكان للبايع ان يفتح ذلك الباب فكذا لمن قام مقامه وان جحد اهل السكة ذلك الباب ، فالقول قولهم مع اليمين اذا لم يكن للمشتري بينة واذا حلفهم واحداً بعد واحد ان حلف الاول سقط الايمان عن الباقين ، لان فايدة اليمين النكول ولو نكلوا ليس له ان

بمنح لان للاول ان يمنعه لما حلف انه لا طريق له وان نكل الاول ، فله ان يحلف غيره ثم وثم فان نكلوا جملة كان له ان يفتح لانه كالاقرار منهم اه

المادة ١٢٢٣ — ﴿ للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص عند الازدحام فلا يسوغ لاصحاب الطريق الخاص ان يبيعوه ولو اتفقوا ولا يسوغ لهم ان يقسموه بينهم ولا يجوز ان يسدّوا فمه ﴾

قال الرملي في حاشية الفصولين : وقد صرحوا ايضاً في السكة التي لا تنفذ انه لا يجوز الدخول فيها عند عدم الزحام لانه دخول في ملك الغير بغير اذنه اه وفي جامع الفصولين (ذ) شرى حجرة في سكة لا تنفذ واراد ان يجعلها طريقاً لحاجته وتصير السكة نافذة ، يرفع الى القاضي فلو فيه ضرر فاحش ، منعه ولو لم يكن فاحشاً واستوثق من ذلك الباب ما يرفع الضرر ويقوم مقام الحايط لم يمنع من ذلك (عن) عن مرح . سكة لا تنفذ شرى في القصوى داراً في ظهرها طريق نافذ فاراد ان يجعلها طريقاً نافذاً ، ليس له ذلك ولو اتخذها خاناً ينزل الناس فيه وجعل له بابين ، فله ان ينزل من ايهما شاء وليس لهم ان يتخذوه طريقاً وليس لاهل السكة ، ان ينصبوا على رأس سكتهم درباً يعني باباً كبيراً ويسدوا رأس السكة ، لان مثل هذه السكة ولو كانت ملكاً ظاهراً — لكن للعامة فيها نوع حق وهو انه لو ازدحم الناس في الطريق كان لهم ان يدخلوها حتى يخف الزحام (ند) قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى في سكة لا تنفذ ليس لاصحابها بيعها ولو اتفقوا عليه ولا ان يقتسموها فيما بينهم ولاصحابها ان يضعوا فيها الخشب ويربطوا فيها الدواب ويتوضؤا فلو عطب احد بالوضوء او الخشب او الدابة لا يضمن . ولو حفر فيه احد من اهل الطريق بئراً او بنى فعطب به احد ضمن ويؤخذ بطم البئر وبنقض الحفر اه وتمامه فيه .

- الفصل الرابع -

﴿ في بيان حق المرور والمجرى والمسيل ﴾

المادة ١٢٢٤ = ﴿ يعتبر القدم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل يعني نترك هذه الاشياء وتبقى على وجهها القديم الذي كانت عليه لان الشيء القديم يبقى على حاله بحكم المادة ٦ ولا يتغير الا ان يقوم الدليل على خلافه - اما القديم المخالف للشرع فلا اعتبار له يعني اذا كان الشيء المعمول غير مشروع في الاصل فلا اعتبار له وان كان قديماً ويزال ان كان فيه ضرر فاحش راجع المادة ٢٧ مثلاً اذا كان لدار مسيل قذر في الطريق العام ولو من القديم و كان فيه ضرر للماره فان ضرره يرفع ولا اعتبار لقدمه ﴾

وكذا لا اعتبار لقدمه ، اذا كان غير مشروع ، وان كان ضرره خاصاً — كما اذا كان لرجل كوة تشرف على مقر نساء جاره فانه يجب ازالة الضرر وان كان قديماً كما افتى به في الحامدية ، قائلاً : ولا فرق بين القديم والحادث حيث كان الضرر بيناً اه فلو كان مشروعاً كما اذا ثبت بالبينة الشرعية ان الجار احدث بناء داره بعد ان كانت الكوة تشرف على ارض سليخة لا يجب عليه ازالة الضرر ، لما قلنا بل المكلف لرفعه هو صاحب الدار الحدثة كما تقدم في المادة ١٢٠٨ ؛ ومن فروع هذه المادة ايضاً ما تقدم في المادة ١٢١٤ وذكر في التنوير وغيره واذا كان لرجل ارض ولآخر فيها نهر فاراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه لم يكن له ذلك ويترك القديم على حالة اه .

وافتى في الحامدية : بان اهل الاعلى ليس لهم ان يسكروا ماء النهر الكبير المشترك على اهل الاسفل اذا كان السكر يضرهم ، وان كانوا يفعلون ذلك من قديم الزمان ، لانه تصرف في باطن النهر المشترك بدون اذن الشركاء وذلك لا يجوز شرعاً وفعل غير الجائز ممتنع من فعله الشرع فلا عبرة بما فعله اهل الاعلى من السكر قديماً على اهل الاسفل واذنهم لاهل الاعلى بالسكر عليهم ولا يجري على المتأخرين فانه لا يلزم من رضى المتقدمين رضى المتأخرين فللمتأخرين منع اهل الاعلى من السكر في باطن النهر المشترك حتى يسقي اهل الاسفل اراضيهم لانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا لقول ابن مسعود رضي الله تعالى عنه : اهل اسفل النهر امراء على اهل الاعلى حتى يرووا اه ملخصاً .

وفي جامع الفصولين : لو كان لرجل بالوعة قديمة على نهر الشفة فلا عبرة لقدمها وترفع اه .

المادة ١٢٢٥ - ❊ اذا كان لاحد حق المرور في عرصة آخر فليس لصاحب العرصة ان يمنعه من المرور والعبور ❊

قال في جامع الفصولين : شرى مشجرة وقطعها واستأجر ارضاً بجنب المشجرة ولهذه المستأجرة طريق في بستان رجل ، فلمشتري الاشجار ان يمر في هذا الطريق بخشبه ودوابه للحاجة الى الطريق وهو هذا - الا ترى ان رب الارض المستأجرة لو اتخذ ارضه هذه مشجرة ، كان له ذلك بلا شك - فكذا هذا اه

وفي الانقروية من الفصل الرابع من كتاب الدعوى : قال محمد رجل له باب من داره في دار رجل فاراد ان يمر من ذلك الباب ومنعه صاحب الدار عن المرور في داره وقال ليس لك حق المرور في داري وادعى صاحب الباب ان له حق المرور ، فالقول قول صاحب الدار وعلى الخارج البينة فان جاء بشهود شهدوا انه كان يمر في هذا الباب لم يستحق بذلك شيئاً وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وان شهدوا ان له طريقاً ثابتاً فيها وسموا حدوده و بينوا طوله وعرضه

الذرعان ، قبلت شهادتهم وقضي له بذلك و كذلك اذا لم يبينوا حدوده ولا طوله وعرضه تقبل شهادتهم ويقضى به بقدر عرض الباب الاعظم عرضاً والى السماء طولاً — و كذلك لو شهدوا ان اباه مات وترك طريقاً في هذه الدار ميراثاً له ، قبلت الشهادة — و كذلك على هذا اذا كان له باب مفتوح من داره على حايطة في زقاقهم فلهم منعه — الا ان تقوم له بينة على ان له طريقاً فيها على نحو ما ذكرنا: المار في ممر لا يكون صاحب يد بعد ما خرج من الممر بل يكون صاحب اليد صاحب الرقبة فلو اقام المار بينة انه كان يمر قبل هذا زماناً طويلاً ، لا يقضي له باليد ، لان هذه شهادة على اليد المنقضية وانها لا تقبل عند ابي حنيفة ومحمد — ولكن لو اقر صاحب اليد بان المدعي كان يمر فيه ولكن بغير حق او اقام المدعي بينة على اقرار ذي اليد بذلك تقبل لان الاقرار باليد المنقضية صحيح اه

المادة ١٢٢٦ = ﴿ للمبيح صلاحية ان يرجع عن اباحته والضرر لا يكون لازماً بالاذن والرضى فاذا لم يكن لواحد حق المرور في عرصة آخر ومر فيها بمجرد اذن صاحبها مدة فلصاحبها بعد ذلك ان يمنعه من المرور ان شاء ﴾

في الخانية في كتاب البيوع فيما يتضرر به الجار: رجل وضع جذوعه على حايط جاره باذن جاره او حفر سرداباً في داره باذن جاره ثم باع الجار داره وطلب المشتري ان يرفع جذوعه وسردابه كان للمشتري ذلك — الا اذا كان البايع شرط في البيع بقاء الجذوع والسرداب تحت الدار فحينئذ لا يكون للمشتري ان يطالبه برفع ذلك ، لانه لما شرط ذلك صار كانه شرط لنفسه ذلك. والوارث في ذلك بمنزلة المشتري الا انه للوارث ان يأمره برفع البناء والسرداب على كل حال اه

المادة ١٢٢٧ = ﴿ اذا كان لواحد حق المرور في ممر معين

في عرصة آخر فاحدث صاحب العرصة بناء على هذا الممر باذن صاحب حق المرور فقد سقط حق مروره ولم يبق له حق الخصام مع صاحب العرصة انظر الى المادة ٥١ ❊

وهي ان الساقط لا يعود قيد بحق المرور ، لانه لو كان له رقبة الطريق كان له بعد الاذن حق المنع من البناء وحق الرفع بعده كما في الانقروي ، لأن الاذن حينئذ اعارة وللمعير ان يرجع متى شاء وفي الخانية في فصل في كرى الانهار من كتاب الشرب : رجل له مسيل ماء في دار غيره فباع صاحبه داره مع المسيل ورضي به صاحب المسيل ، كان لصاحب المسيل ان يضرب بذلك في الثمن وان كان له حق اجراء الماء دون رقبة النهر ، لا شيء له من الثمن ولا سبيل له على المسيل بعد ذلك — كرجل اوصى لرجل بسكنى داره فمات الموصي فباع الوارث الدار ورضي به الموصى ، جاز البيع وبطل سكناه ولو لم يبع صاحب الدار داره ولكن قال صاحب المسيل ابطلت حقي في المسيل فان كان له حق اجراء الماء دون الرقبة ، بطل حقه قياساً على حق السكنى — وان كان له رقبة المسيل ، لا يبطل ذلك بالابطال لان ملك العين لا يبطل بالابطال اه

المادة ١٢٢٨ — ❊ اذا كان لواحد جدول او سياق ماء في عرصة آخر جاريا من القديم فليس لصاحب العرصة منعه قائلا لا ادعه يجري فيها بعد وعند احتياجها الى الاصلاح والتعمير يدخل صاحبها في المجرى او الجدول ويعمرها ان امكن اما اذا لم يكن امر التعمير الا بالدخول في العرصة فصاحبها يأذن له بالدخول فان لم يأذن يجبر من طرف الحاكم اي بقوله له اما ان تأذن بدخول العرصة واما ان تعمر انت ❊

ثم لو كان الجدول او السياق في دار آخر ودخل باذنه لاصلاحه وتعميره فحفر في تلك الدار وهدم بعض البناء بدون اذن صاحب الدار فالحكم في ذلك اجاب في الحامدية بقوله : صاحب الدار بالخيار ان شاء ضمنه قيمته والنقض للضامن وان شاء اخذ النقض وضمنه النقصان كما في حواشي الاشباه للحموي نقلا عن شرح النقاية للعلامة قاسم اه

قال العلامة ابن عابدين في تنقيحه اقول وجهه ان البناء ليس من المثليات فلا يلزمه ان يبني لصاحب الدار مثله ويعيده كما كان — بل هو قيمي فيضمن بالقيمة لو بلا اذن، لانه غاصب — لكن في هذه الصورة ليس له منعه من اصلاح طريق مائه لما نقله المؤلف في غير هذا المحل ونصه : ولو ان رجلاً له نهر في ارض رجل ولا يمكنه المرور في بطن النهر قال محمد بن سلمة يقال لصاحب الارض اما ان تدعه يدخل الارض ويصلح ملكه او تصلحه انت قال الفقيه ابو الليث بهذا نأخذ — وكذلك مسألة الحايط قاضي خان . رجل له حائط ووجهه في دار رجل فاراد ان يطين حايطه ولا سبيل له الى ذلك الا بدخول دار جاره وصاحبه يمنعه من الدخول او انهدم الحايط ووقع الطين في دار جاره فاراد ان يدخل ويبل الطين فمنعه صاحب الدار — او له مجري ماء في دار جاره فاراد حفره واصلاحه ولا يمكنه ذلك الا بدخول داره وهو يمنعه، يقال لصاحب الدار اما ان يتركه يدخل ويصلح او يفعل صاحب الدار بماله خلاصة من اوايل كتاب الحيطان ومثله في البزازية وكذا في العادية في ٣٤ اه فحيث امتنع صاحب الدار من اصلاحه من ماله واجبرناه على ان يمكن الآخر من الدخول لاصلاح ملكه، فالظاهر ان صاحب الملك يجبر ايضاً على اصلاح ما خربه لصاحب الدار من حفر او هدم والا لزم ان يجبر صاحب الدار على تمكين الآخر من افساد داره والحاق الضرر به لاجل منفعة غيره وهذا مخالف لقواعد الشرع الشريف وقد قالوا الضرر الخاص يتحمل لاجل الضرر العام ولا يتحمل لاجل الضرر الخاص كما يعلم من الاشباه فان الضرر لا يزال بالضرر اه ما في التنقيح

اقول : لا يذهب عليك انه لا يلزم من الاذن لصاحب الجدول او السياق بدخول الدار لاجل اصلاحها الاذن له بالحفر والتخريب في ملك الآذن —

ولهذا قيد الهدم في الحامدية بكونه بدون اذن صاحبه حتى كان غاصباً فلا يصح الاستدراك عليه بكون صاحب الدار ليس له المنع من اصلاح طريق مائه نعم لو كان الحفر والهدم باذن صاحب الدار ، فلا يجب على الهادم اصلاح ما خرّبه ولا ضمانه — الا اذا كان مشروطاً عليه قبل الهدم صريحاً او دلالة وعرفاً ان يعيده كما كان فلا شبهة حينئذٍ فيما استظهره فتدبر

هذا وفي الخانية مانصه : نهر حفروه والقوا التراب في ارض رجل فيها هذا النهر ، يؤخذون برفع ما جاوز الحريم — و كذا سكة غير نافذة فيها نهر حفروه والقوا التراب فيها قال يؤآخذون برفع التراب اه

المادة ١٢٢٩ — ❊ لدار مسيل مطر على دار الجار من القديم والى الآن فليس للجار منعه قايلاً لا ادعه يسيل بعد ذلك ❊

قال في الخانية: وهذا جواب الاستحسان في الميزاب ومسيل ماء السطح وفي القياس ليس له ذلك الا ان يقيم البينة ان له مسيل الماء في داره والفتوى على جواب الاستحسان اه

المادة ١٢٣٠ — ❊ دور في طريق لها ميازيب من القديم منصبة على ذلك الطريق ومنه تمتد الى عرصة واقعة في اسفله جارية من القديم ليس لصاحب العرصة سد ذلك المسيل القديم فان سده يرفع السد من طرف الحاكم ويعاد الى وضعه القديم ❊

لانه يريد بالسد دفع الضرر عن عرصته وفي ذلك ضرر بالطريق الذي تنصب اليه الميازيب وهو لا يجوز ، لان ذلك الطريق ان كان خاصاً ففيه دفع الضرر الخاص

بمثله . وقد تقدم في المادة ٢٥ ان الضرر لا يزال بمثله وان كان عاماً ففيه دفع الضرر الخاص بالضرر العام وقد تقدم في المادة ٢٦ انه يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ولا سبيل الى رفع الميازيب عن الطريق الخاص لانها قديمة ولا عن الطريق العام لانه لم يتحقق الضرر حيث كان مسيل ماء الى العرصة المذكورة قديماً فاتضح بما قلنا ان المراد بالطريق في هذه المادة ما يعم الخاص والعام كما هو مقتضى الاطلاق فافهم

المادة ١٢٣١ — ✻ ليس لاحد ان يجري مسيل محله المحدث الى دار آخر ✻

المراد انه ليس لاحد احداث مسيل محله الى دار آخر حتى لو كان محله قديماً فليس له ان يحول مسيله الى دار غيره سواء كان مضراً اولا لانه تصرف في ملك الغير بلا اذنه وقد تقدم في المادة ٩٦ انه لا يجوز حتى لو اذن له بذلك كان له الرجوع عن ذلك كما تقدم في المادة ١٢٢٦

المادة ١٢٣٢ — ✻ حق مسيل لسياق مالح في دار ليس لصاحب الدار او لمشتريها اذا باعها منع جريه بل يبقى كما في السابق ✻

نعم للمشتري اذا لم يكن عالماً بذلك وقت البيع خيار الفسخ لانه عيب وهو ثابت بحق لازم وليس للمشتري منعه كما في جامع الفصولين وفي الملتقى من فصل في كرى الانهار من كتاب الشرب : ومن له نهر يجري في ارض غيره فاراد رب الارض منع الاجراء فليس له ذلك فان لم يكن في يده اولم يكن جارياً فادعى ان النهر له او قصد اجرائه لا يسمع بلا بينة انه له او انه كان له حق الاجراء في هذا النهر فيقضي له به ، لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كانت الدعوى فيه ، او

حق الاجراء باثبات الجري من غير دعوى الملك — وعلى هذا المصب في نهر او سطح والميزاب والممشي في دار الغير اه

المادة ١٢٣٣ — ✻ اذا امتلأ السياق الجاري بحق في دار اخرى او تشقق وحصل منه ضرر فاحش فلصاحب الدار ان يجبر صاحب السياق على دفع هذا الضرر ✻

قوله بحق متعلق بالجاري وهذا لان الانسان وان كان لا يجبر على اصلاح ملكه الا انه يجبر على دفع ضرره عن غيره . وهذا اذا كانت رقبة السياق ملكاً لصاحبه كما هو الظاهر من تسميته بصاحب السياق — فان كانت رقبته ملكاً لصاحب الدار وللآخر حق الاجراء فيه، فكما في الخانية: رجل له مجري ماء في دار رجل فخرب المجرى فأخذ صاحب الدار صاحب المجرى باصلاحه قال ابو نصر رحمه الله تعالى لا يجبر صاحب المجرى على اصلاحه . قال وهذا كرجل له مجرى ماء على سطح رجل فخرب السطح لم يكن لصاحب السطح ان يأخذ صاحب المجرى باصلاح سطحه — فكذلك هنا فأن كان النهر ملكا لصاحب المجرى اخذ باصلاحه قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى وقد قال بعضهم: ان اصلاح النهر يكون على صاحب المجرى وليس هذا كالسطح، لان الماء الذي في النهر ملكه وحقه وهو الذي يستعمل النهر بملكه فكان اصلاحه عليه — وهكذا عن ابي بكر البلخي رحمه الله تعالى في مثل هذا وهو المختار اه ثم انما يجبر صاحب السياق على دفع الضرر باصلاح سياقه ونحوه ولا يكلف الى اصلاح ما تخرب من دار الجار بسبب ذلك لما في الحامدية عن البزازية والخلاصة: نهر جرى في ارض قوم فانشق وخرب بعض الاراضي، للملاك مطالبة ارباب النهر باصلاح نهرهم دون عمارة الاراضي اه

- الباب الرابع -

✻ في بيان شركة الاباحة و يشتمل على سبعة فصول ✻

- الفصل الاول -

✻ في بيان الاشياء المباحة وغير المباحة ✻

المادة ١٢٣٤ - ✻ الماء والكلاء والنار مباحة والناس في هذه الاشياء الثلاثة شركاء ✻

الكلاء كعشب الجبل رطبة ويابسة قاموس قال في البحر ويدخل فيه انواع ما ترعاه المواشي رطباً كان او يابساً — بخلاف الاشجار لأن الكلأ ما لا ساق له والشجر له ساق فلا تدخل فيه الاشجار حتى يجوز بيعها اذا نبتت في ارضه لكونها ملكه والكمأة كالكلاء اه رد المحتار من باب البيع الفاسد . وسيأتي هذا في المادة ١٢٤٢ وما يليها وفيه ان دليل اشتراكها حديث (الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار) ومعنى الشركة في النار الاصطلاء بها وتجفيف الثياب لا اخذ الجمر الا باذن صاحبه، وفي الماء الشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة، وفي الكلأ الاحتشاش، ولو في ارض مملوكة غير - ان لصاحب الارض المنع من دخوله ولغيره ان يقول ان لي في ارضك حقاً فاما ان توصلني اليه او تحشه او تستقي وتدفعه الي وصار كثوب رجل وقع في دار

رجل — اما ان ياذن للمالك في دخوله ليأخذه ، واماان يخرجه اليه فتح ملخصاًاه وفيه من فصل الشرب وشركة الناس في هذه الثلاثة شركة اباحة لا شركة ملك فمن سبق الى شيء من ذلك من وعاء او غيره واحرزه فهو احق به وهو ملك له دون من سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه وتجوز به وصاياه وان اخذه احد منه بغير اذنه ضمنه — ومالم يسبق اليه احد فهو لجماعة المسلمين مباح ليس لاحد منع من اراد اخذه للشفعة اتقاني عن الكرخي اه

المادة ١٢٣٥ - ﴿ الماء الجاري تحت الارض ليس بملك احد ﴾

فلا مخاصمة بين مالك البئر وآخذ مائه بلا اذنه حتى ان رجلاً لو نزع ماء بئر آخر بغير اذنه حتى ييبس لا شيء عليه لان صاحب البئر غير مالك للماء بخلاف ما لو صب ماء رجل كان في الحب فانه يقال له املأ الحب ماء كما كان لان صاحب الحب مالك للماء وهو من ذوات الامثال فيضمن مثله رد المحتار عن الولوالجية . ويتفرع ايضاً على كونه غير مملوك لاحد المواد ١٢٥١ و ١٢٨٨ و ١٢٩١ كما ستعرفه

المادة ١٢٣٦ — ﴿ الآبار التي ليست محفورة بسعي شخص مخصوص وعمله بل هي من القديم لانتفاع كل وارد فهي من الاشياء المباحه والمشتركة بين الناس ﴾

فليس للامام ان يقطعها لاحد ، لانها مما لا غنى للمسلمين عنها كمعادن الملح والكحل والقار النفط — حتى لو اقطعها لم يكن لاقطاعها حكم بل المقطع وغيره سواء فلو منعهم المقطع كان بمنعه متعدياً وكان لما اخذه مالكاً لانه متعد بالمنع لا بالاخذ وعلى الامام كفه عن المنع وصرفه عن مداومة العمل ، لئلا يشتبه

اقطاعه بالصحة او يصير معه في حكم الاملاك المستقرة كذا في التنويروشرحه الدر ٠ والمراد ان نفس الآبار المذكورة لاتكون مملوكه — اما مياه الآبار قبل اخراجها واحرازها فلا تملك وان كانت نفس الآبار مملوكة كما تقدم

المادة ١٢٣٧ — ﴿ البحر والبرك الكبيرة مباحة ﴾

اعلم ان المياه اربعة انواع الاول ماء البحار ولكل احد فيها حق الشفة مطلقاً — فلا يمنع من الانتفاع بها على اي وجه شاء — والثاني ماء الاودية العظام كسيحون وللناس فيه حق الشفة مطلقاً وحق سقي الاراضي ان لم يضر بالعامة — والثالث ما دخل في المقاسم اي المجاري المملوكة لجماعة مخصوصة وفيه حق الشفة — والرابع المحرز في الاواني ينقطع حق غيره عنه وتمامه في الهداية وحاصله ان لكل احد في الاولين حق الشفة والسقي لارضه وفي الثالث حق الشفة فقط ولا حق في الرابع لاحد كذا في رد المحتار ٠ فهذه المادة قد تضمنت بيان النوع الاول من هذه الاربعة قال في الهندية: وهذا النوع هو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشفة وسقي الاراضي وشق الانهار والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والنوع الثاني تضمنت بيانه المادة الآتية وهي

المادة ١٢٣٨ = ﴿ ما ليس مملوكاً من الانهار العامة التي لم تدخل في المقاسم يعني في المجاري المملوكة مباح ايضاً كالنيل والفرات والطونة والطونجة ﴾

وسيحون وجيحون ودجلة قال في الهندية: للناس فيها حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بان احيا واحد ارضاً ميتة وكري منها نهراً ليسقيها ان كان

لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد ولهم نصب الارحية والدوالي ان كان لا يضر بالعامة ، والا فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسرت ضفته فتغرق القرى والاراضي و كذا شق الساقية والدالية اه واما النوع الثالث فهو المعني بقوله

المادة ١٢٣٩ — ✳ الانهار المملوكة يعني التي دخلت في المقاسم على الوجه المشروع نوعان الاول الانهر التي ماؤها يتفرق و ينقسم بين الشركاء لكن لا يمحى جميعه في اراضي هؤلاء بل له بقية مباحة فالانهر من هذا القبيل لكونها عامة من وجه يقال لاحدها نهر عام ايضاً والشفعة لا تجري فيها النوع الثاني النهر الخاص الذي يتفرق ماؤه و ينقسم الى اراضي اشخاص معدودة والى انتهائه الى آخر اراضيهم يمحى ولا ينفذ الى مفازة فالشفعة انما تجري في هذا النوع ✳

يعني ان الانهار المملوكة التي دخلت في المقاسم وان كانت في الحقيقة خاصة بالنسبة الى النوعين السابقين اذ ليس لاحد من العامة فيها حق — الا حق الشفة ولا يجوز لاحد منهم ان يسقي ارضه منها بدون اذن ملاكها — الا انها بالنسبة الى استحقاق الشفعة تنقسم الى نوعين عام وخاص واختلف في تفسيرهما على اقوال تقدم ذكرها في شرح المادة ١٠٠٨

وقد استفيد من هذه المادة ان جمعية المجلة اعتبرت في تفسير الخاص قيدين — احدهما ان يكون النهر لاشخاص معدودين يعني يحصون — والثاني ان يمحى في اراضيهم ولا تبقى له بقية مباحة — وعليه فاذا فقد احد هذين القيدين يكون عاماً — فما كان اهله لا يحصون عام وان كان يمحى في اراضيهم وما كان لا يمحى في اراضيهم وتبقى له بقية مباحة ، عام ، وان كان اهله يحصون وقدمنا في شرح المادة

المذكورة انه اختلف في تفسير ما لا يحصى اي بعدٌ من الاشخاص المالكين من خمسماية او مابة او اربعين او عشرة ، وان الأصح انه مفوض الى رأي الحاكم ذي الرأي المصيب — لكن انت تعلم ان وجود هذا الحاكم نادر في زماننا وتفويضه الى رأي اي حاكم كان مشكل فليتأمل . ومعنى استحقاق الشفعة في الخاص من هذا النوع ، انه لو بيعت ارض او كرم شربها من ذلك النهر المملوك تثبت الشفعة فيها لمن يشاركها في الشرب منه لا للجار الملاصق — بخلاف العام فان الشفعة في ذلك تثبت للجار الملاصق دون الشريك في الشرب . وهناك شيء آخر يترتب على التقسيم المذكور ذكره في الهندية في الباب الثاني من كتاب احياء الاموات وهو ان النهر العام من الانهار المملوكة لو امتنع اهله عن كريه واصلاحه يجبرهم الامام على على ذلك ، لان فساد ذلك يرجع الى العامة لان فيه تقليل الماء على الشفة — بخلاف الخاص فان اهله لو امتنعوا عن كريه واصلاحه لا يجبرهم الامام عليه وبخلاف الانهار العظيمة الغير مملوكة لاحد فان اصلاحها يجب على الامام في بيت المال فان لم يكن فيه مال فالامام يجبر العامة على اصلاحه

❋ تنبيه ❋

نهر العاصي في بلادنا هو نهر كبير ينبع من سفح جبل لبنان يمر في واد قديم مسافة نحو ثلاثة ايام ثم ينصب في بحيرة عظيمة محيطها نحو ست ساعات فلكية وفي اسفل تلك البحيرة يعني في منتهاها سد عظيم مبني بالحجارة العظيمة والمؤن والكلس يقال انه من اعمال الرومان وفيه فوهات ينحدر منها الماء من تلك البحيرة الى واد آخر قديم يسمّى ايضاً بالعاصي فيمر على مدن كثيرة منها حمص ومنها الى حماه ومنها الى انطاكية ومنها الى السويدة وتبقى منه بقية عظيمة تنصب في البحر بعد ان تستقي منه بلدان وقرى ومزارع من اوله لآخره على مسافة نحو خمس عشرة مرحلة منهم من يستقي الاراضي منه سيحا — ومنهم من يسقيها بدواليب يديرها الماء على ذلك النهر من الارحية لساير اهالي تلك البلدان ما لا يحصى وفي اعلى سده المبني المذكور فوهة يسيل منها الماء الى نهر يسمّى بساقية حمص تسقي منه بساتين اهلها الكثيرة بواسطة فوهات يسمّونه حلاقيم لكل جماعة

معلومين حلقوم مقسم بينهم بالايام والليالي يسقون منها بساتينهم ثم يمر على مسافة قريبة من حمص فيستقي منه اهلها للشفة بالقرب ثم يسقي بساتين اخرى لاهلها ثم تبقى منه بقية تنصب لذلك الوادي الذي ينحدر اليه الماء من البحيرة وهو المسمى بالعاصي . والذي ظهر لنا من تقسيم الانهار الى الانواع المذكورة آنفا ان نهر العاصي من مبدأه الى منتهاه هو من الانهار العظيمة كسيحون فهو غير مملوك لاحد فلكل احد من العامة الانتفاع به من سقي الاراضي ونصب الدواليب وتعمير الأرحية بشرط ان لا يضر باحد من العامة — واما نهر الساقية الذي يسيل اليه الماء من الفوهة العليا من السد المذكور ويسقي بساتين حمص ، فهو من الأنهار المملوكة لاهل تلك البساتين لدخوله في مقسمهم فلا يسوغ لاحد ممن ليس له شرب منها ، ان يسقي ارضه منه بدون رضاهم الا انه مملوك عام لان اهله لا يحصون على جميع الاقوال المارة في تعريف ما لا يحصى ولانه لا يمحي في اراضيهم بل تبقى منه بقية تنصب للعاصي وهو الانهار المباحة كما ذكرنا فلا تثبت الشفعة لاهله على ما بينا سابقا — واما الانهار الصغيرة الممتدة من فوهات نهر الساقية المسماة بالحلاقيم فهي ايضا مملوكة لاهلها ، لدخولها في مقاسمهم فليس لاحد من غيرهم فيها — الا حق الشفة . ثم ان كان الماء يمحي فيها ولا تبقى منه بقية مباحة فهي مملوكة من النوع الخاص فتثبت الشفعة فيه لاهله على ما تقدم بيانه والا فهو ايضا من العام فلا تثبت فيه الشفعة — وهذا كله بناء على ما يفهم من هذه المادة من تعريف الخاص والعام — واما على ما في التنوير والملتقى من تعريف الشرب الخاص — بانه الشرب من نهر صغير لا تجري فيه السفن فان الشفعة كما تثبت للشركاء في الانهار الصغيرة الممتدة من نهر الساقية بواسطة الفوهات المسماة بالحلاقيم ، تثبت للشركاء ايضا في نفس نهر الساقية المذكور الممتدة بواسطة الفوهة العليا من البحيرة السابق ذكرها ، لان جميع هذه الانهار لا تجري فيها السفن ولا يخفى ما في ذلك من توسيع الدائرة جدا لكن علمت ان العمل على ما مشت عليه المجلة لصدور الامر السلطاني به فلا يجوز ان يؤخذ بغيره

واما نهر بردا في دمشق والانهار التي تتشعب منه كقنوات ويزيد وتورا فقد تكلم فيه بما لا مزيد عليه في تنقيح الحامدية من كتاب الشرب وكذا في

رد المحتار من كتاب الشفعة وقدمنا بعض الكلام عليه في شرح المادة ١٠٠٨ فاغتنم هذا التحرير فانه من مفردات هذا الكتاب

المادة ١٢٤٠ = ﴿ النهر اذا جاء بطين الى ارض احد فهو ملكه لا يسوغ لآخر ان يتعرض له ﴾

قال في رد المحتار ولو اخذ الماء من ارض الغير التي جعلت مملحةً فلا شيء عليه وان صار الماء ملحاً فليس له اخذه . والطين الذي جاء به النهر في ملك انسان لا يجوز لاحد اخذه وضمن ان اخذه بلا اذن اه معزياً للتتارخانية ومثله في الهندية عن المضمرات

المادة ١٢٤١ - ﴿ كما ان الكلأ النابت في الاراضي التي لا صاحب لها مباح كذلك الكلأ النابت في ملك شخص بلا تعاطي سببه ايضاً مباح اما اذا تعاطى ذلك الشخص سببه كما اذا سقى ارضه او جعل لها خندقاً او اعدّها وهيأها بوجه ما لأجل الانبات فالنباتات الحاصلة في تلك الاراضي تكون ماله لا يسوغ لآخر ان يأخذ منها شيئاً فان اخذ واستهلك يكون ضامناً ﴾

المادة ١٢٤٢ = ﴿ الكلأ والحشيش هو النبات الذي لا ساق له فلا يشمل الشجر والفطر ايضاً في حكم الحشيش ﴾

وقدمنا في شرح المادة ١٢٢٤ ان الكمأة ايضاً كالكلاء وفي رد المحتار هو

اي الكلاء ما ينبسط وينتشر ولا ساق له كالاذخر ونحوه . والشجر ما له ساق فعلى هذا الشوك من الشجر لان له ساقا وبعضهم قالوا الاخضر وهو الشوك اللين الذي تأكله الابل كلاء والاحمر شجر ، وكان ابو جعفر يقول الاخضر ليس بكلاء وعن محمد فيه روايتان اه .

المادة ١٢٤٣ ✻ الاشجار التي تنبت بلا غرس في الجبال المباحة يعني غير المملوكة مباحة ✻

ولا يضر نسبتها الى قرية اوجماعة ، ما لم يعلم ان ذلك ملك لهم وكذلك الزرنيخ والكبريت والثمار في المروج والاودية رد المحتار عن المضمرات

المادة ١٢٤٤ = ✻ الاشجار النابتة بلا غرس في ملك احد هي ملكه ليس لآخر ان يحتطب منها الا باذنه فأن يفعل يكن ضامنا ✻

لا يخفى ان رقبة الاراضى في زماننا مملوكة لبيت المال وليس لمن هي في ايديهم فيها ، سوى مشد المسكة وحق القرار المسمى بالطابو ولهذا لا تباع ولا تورث كما تباع وتورث الاملاك — فالظاهر ان الاشجار النابتة فيها بلا غرس ، تكون ملك بيت المال — لانها تبع للارض المملوكة رقبتها له لا ملك المتصرف فيها بالطابو فتأمل وحرر .

المادة ١٢٤٥ — ✻ اذا طعم رجل شجرة فكما ان الخالف الذي هو من قلم التطعيم يكون ملكه كذلك ثمرته ايضا تكون له ✻

أطلق الشجرة فعم ما اذا كانت مباحة او ملك الغير يطعمها بدون اذن مالكها .
وفايدته اذا كانت مباحة ، ان الخلف النابت من قلم التطعيم لا يكون مباحاً بل ملكاً لصاحبه فليس لاحد ان يتناول ثمره بدون اذنه ولو فعل ضمنه فافهم .

والمسئلة من الفتاوى الخيريه حيث قال : في شجرة زيتون هلكت ونبت من عروقها اغصان فتعهدها رجل فغلظت فركزها يعني طعمها فاثمرت مما ركزها به هل الثمرة للذي ركز ام لرب العروق ام لهما اجاب الثمرة للراكز لانها نماء ملكه قال في الحاوي الزاهدي (بج) وصل غصنه بشجرة غيره وهو ما يقطع من غصنه او بقشر من لحافته ، لتوصل به الشجرة فاثمر الوصل فهو له والشجرة لصاحبها اه .
وذكر اقوالاً أخر — لكن القلب يطمئن لهذا القول اذ الاصل بقاء ملك المالك ولا وجه لتملك مال الغير بمثل هذا ونقل عن اسرار نجم الدين العلامة ما لفظه : غصب شجرة غيره وقطع راسها فركز غصنه في لحافته او شقها وركزه في نفسها في موضع القطع فاثمر يعني الغصن ، فالثمر للراكز الغاصب وعليه قيمتها غير مقطوعة وقيمة ثمرها بدون الركز ان صلح لتناول بني آدم وقيمة ارضها — ان ضرها قلعها وقد قدمنا ما تطمئن به النفس والله اعلم .

اقول ما ذكره الرملي وجيه ، لكنه سكت عن بيان حكم ذلك الوصل هل يؤمر صاحبه بقلعه ام لا الظاهر نعم لان فيه اشغال ملك الغير بغير رضاه — حتى لو كان باذنه فله الرجوع لانه اعارة ولو كان قطع الوصل يضر بالشجرة ، كان لصاحب الشجرة ان يتملكه بقيمته مستحق القطع قياساً على ما لو غرس في الارض المغصوبة ويمكن ان يقال ان كان قد طعم الشجرة بناء على زعم شرعي على ما تقدم بيانه في المادة ٩٠٦ ينظر الى الاكثر قيمة من الوصل ومن الشجرة فيتملك صاحبه الاقل بقيمته والا فعليه القطع . وهذا كله اذا كانت الشجرة مملوكة للغير فلو كانت مباحة فيحتمل ان يقال ان تطعيمها وتعهد صاحب الوصل لها ، يكون احرازاً لها كسقي الكلأ او تحويطه بخندق او غير ذلك ويحتمل ان الشجرة تبقى مباحة الا ذلك الوصل فهو ملك لصاحبه ولا حق لاحد من العامة ان يقطعه لان صاحبه لا يمنع من الانتفاع به على هذا الوجه ما دام الوصل موجوداً فاذا يبس او قطع عادت الشجرة مباحة ويحرر والله اعلم .

المادة ١٢٤٦ = ✻ من بذر لنفسه فأنواع الحاصلات من البذر له لا يعترض له من طرف احدٍ ✻

سواء كان البذر ملكه او مغصوباً وسواء كانت الارض ملكه او مغصوبة — فالمسئلة على اربعة اوجه الاول ان يبذر بذر نفسه في ارض نفسه — الثاني ان يبذر بذر غيره في ارض نفسه — الثالث ان يبذر بذر نفسه في ارض غيره — الرابع ان يبذر بذر غيره في ارض غيره وفي جميع هذه الصوراذا بذر لاجل نفسه لا لاجل غيره يكون الحاصل من البذر له لا حق لغيره فيه — اما المسئلة الاولى فالوجه فيها ظاهر — واما الثلاث الباقية فلان البذر المغصوب قد استهلكه بالقائه في الارض فملكه ووجب عليه ضمان مثله وقد صرحوا بان الخارج نماء البذر لا نماء الارض . والتقييد بكونه بذر لنفسه احترازعما لو بذر لاجل غيره بامره فان الحاصل يكون لمن بذره لاجله لان البذر — حينئذٍ اما ان يكون للآمر واما فان يكون للمامور وقد اقرضه الآمر وفي الصورتين الحاصل للآمر لانه نماء ملكه — ولا فرق في ذلك بين ان تكون الارض للآمر او للمأمور او لاجنبي بامره او بلا امره هكذا ينبغي تقرير هذا المحل ودليله يوءخذ من الحامدية والخيرية والدر وحواشيه وغيرها وبه يظهر ثمرة اطلاق البذر وعدم تعيين مالكه في هذه المادة و كذا اطلاق الارض وعدم تعيين مالكها وثمرة التقييد بكونه زرع لنفسه .

المادة ١٢٤٧ ـ ✻ الصيد مباح ✻

الصيد هو الاصطياد في اللغة يقال صاد يصيد صيداً ويسمى به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر فصار اسماً لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي مأكولاً او غير مأكول والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم و كذا المصيد مباح فيما

يحل اكله . وما لا يحل فما حل اكله فصيده للاكل وما لا يحل اكله فصيده لغرض آخر — اما الانتفاع بجلده او شعره او لدفع اذيته . ودليل الاباحة قوله تعالى (واذا حللتم فاصطادوا) وقوله عليه الصلاة والسلام لعدي ابن حاتم (اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله فان امسك عليه فادركته حياً فاذبحه وان ادركته قد قتل ولم ياكل فكله فان اخذ الكلب ذكاة) رواه البخاري ومسلم واحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحاً كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف زيلعي مع زيادة قليلة من حاشية الشلبي عليه

— الفصل الثاني —

﴿ في بيان كيفية استملاك الاشياء المباحة ﴾

المادة ١٢٤٨ — ﴿ اسباب التملك ثلاثة — الاول الناقل من مالك الى مالك آخر كالبيع والهبة — الثاني كون واحد خلف آخر كالارث — الثالث احراز شيء مباح لا مالك له . وهذا اما حقيقي وهو وضع اليد حقيقة على شيء — واما حكمي وذلك بتهيئة سببه كوضع اناء لجمع ماء المطر او نصب شبكة لاجل الصيد ﴾

ونحوهما مما تقدم من حفر خنادق لارض الكلأ وما سيأتي في المادة ١٣٠٣ من اغلاق باب بيته حين دخله الصيد .

المادة ١٢٤٩ — ﴿ كل من احرز شيئاً مباحاً كان مالكاً له مستقلاً مثلاً لو اخذ من نهر ماء بيده او بوعاء — كالعلبة فباحرازه

وحفظه في ذلك الوعاء صار ملكه ليس لغيره صلاحية ان ينتفع منه
واذا اخذه آخر بدون اذنه واستهلكه يكون ضامناً ✻

لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام (المسلمون شركاء في ثلاث الخ) فيعمل فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه في موضع يعز فيه الماء وهو يساوي نصاباً لم تقطع يده وانما لم يكن حفر الانهار والآبار والحياض احرازاً — حتى كان للعامة فيها حق الشفعة لانها لم توضع للاحراز فصار ذلك كالصيد اذا تكبس في ارض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه ان يستصحب ما يكفيه الى ان يرجع الى وطنه فيحتاج الى ان ياخذ الماء من الآبار والانهار والحياض التي تكون على طريقه لنفسه ودابته . وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع منه لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعاً افاده الزيلعي .

المادة ١٢٥٠ — ✻ كون الاحراز مقروناً بالقصد لازم فلو وضع شخص وعاء في محل بقصد اخذ ماء المطر فماء المطر المجتمع في ذلك الاناء ملكه كذلك الماء المجتمع في الحوض والصهريج المبنيين لاجل جمع الماء ملك لصاحبه اما لو وضع شخص اناء في محل بغير قصد فماء المطر المجتمع فيه لا يكون ملكاً له فيسوغ لشخص غيره ان يتملكه بالاخذ راجع مادة ٢ ✻

وهي الامور بمقاصدها قال في الخيرية في جواب سؤال : واما الصهاريج التي توضع لاحراز الماء في الدور فلا شبهة في ان ماءها مملوك لاصحابها بمنزلة الحباب والاواني ومما صرحوا به في باب الشرب : رجل وضع طشتاً على سطح واجتمع فيه

ماء المطر فجاء رجل ورفع ذلك الماء وتنازعا فيه ينظر — ان كان صاحب الطشت وضعه لذلك، فهو له وان لم يضعه لذلك فهو للرافع اه فعلم ان الفرق في قصد الاحراز وعدمه اه .

المادة ١٢٥١ — ❊ يشترط في احراز الماء انقطاع جريه فالبئر الذي ينز ما فيه من الماء لا يكون ماء محرزاً فلو اخذ شخص من الماء المجتمع في هكذا بئر ينز بدون اباحة صاحبه واستهلكه لا يلزم الضمان و كذلك الماء المتتابع الورود يعني ان ماء الحوض الذي بقدر ما يجري اليه الماء من طرف يخرج من طرفه الآخر بقدره غير محرز ❊

قوله ما فيه من الماء ، مبتدأ وقوله لا يكون ماء محرزاً خبر وجملة المبتدا والخبر خبر قوله فالبئر الذي ينز وفاعل قوله ينز ضمير يرجع الى البئر وحاصله ان البئر المعين الذي ينز فيه الماء اي ينبع ماؤه، غير مملوك لصاحب البئر — فلو نزحه آخر حتى ييبس لا ضمان عليه كما قدمنا — واما الحوض الذي يجري اليه الماء من نحو نهر فان كان ما يخرج منه بمقدار ما يدخل فيه فهو غير مملوك فلا يضمن آخذه وان كان اكثر فهو مملوك لصاحب الحوض لانه اعد الحوض لاحرازه . هذا ما تفيده هذه المادة — لكن ذكر في رد المحتار ما نصه : فلو احرزه في جرة او حب او حوض مسجد من نحاس او صفر او جص وانقطع جريان الماء فيه فانه يملكه اه وفي الهندية اول كتاب الشرب والحوض الذي دخل فيه الماء بغير احراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص اه فتأمل .

المادة ١٢٥٢ = ❊ يحرز الكلأ بجمعه وحصده وتجريزه ❊

ظاهره ان الاحراز لا يتحقق الا بمجموع الثلاثة فلو حصد وجمع ولم يحرز

لم يكن محرزاً وفي الهندية عن المضمرات ولا يجوز بيع ما نبت في ارضه من الحشيش الا اذا قطعه فحزمه اه وهذا بخلاف الاحتطاب كما ذكره بقوله

المادة ١٢٥٣ ــ ﴿ يسوغ الاحتطاب من اشجار الجبال المباحة لكل احد كايناً من كان وبمجرد الاحتطاب يعني بجمعها يصير مالكاً لها والربط ليس بشرط ﴾

عبارة الهندية عن القنية: المحتطب يملك الحطب بنفس الاحتطاب ولا يحتاج الى ان يشده ويجمعه حتى يثبت له الملك والساقي من البئر لا يملك بنفس ملأ الدلو —حتى ينحيه عن رأس البئر اه

﴿ الفصل الثالث ﴾

– في بيان احكام الاشياء المباحة العمومية –

المادة ١٢٥٤ ــ ﴿ يجوز لكل واحد الانتفاع بالمباح لكنه مشروط بعدم الضرر الى العامة ﴾

فان اضر فان كان الضرر عاماً كان لكل واحد مسلماً كان او ذمياً منعه كما في رد المحتار وسيأتي في المادة ١٢٦٥ — وان كان خاصاً بواحد من العامة، كان لذلك المتضرر ان يمنعه عما فيه ضرره ففي فتاوي الانقروي عن البزازية: طاحونة على نهر اراد آخر ان يضع فوقها طاحونة اخرى و بسبب وضعها يقل ماء الطاحونة القديمة ويختل دورانها، فلصاحبها ان يمنع الثاني وان كان ينقص غلة الاولى بنصب الثانية ليس للاول ان يمنع الثاني — كالتاجر اذا اتخذ في جنب تاجر آخر

حانوتاً بمثل تجارة الاول فكسدت تجارة الاول باتخاذه ليس له المنع اه

المادة ١٢٥٥ = ※ قبل اخذ الشيء المباح واحرازه ليس لاحد منع آخر عنه ※

وان كان ينسب ذلك الى قرية والى اهلها — ما لم يعلم ان ذلك ملكهم كما في الهندية وتقدم

المادة ١٢٥٦ ـ ※ لكل واحد ان يعلف حيوانه من الكلأ النابت في المحل الذي لا صاحب له و يأخذ منه ويحرز قدر ما يريد ※

المادة ١٢٥٧ = ※ الكلأ النابت في ملك شخص بدون تسببه وان يكن مباحاً فلصاحبه المنع من الدخول في ملكه ※

في الهندية عن محيط السرخسي : قال مشايخنا اذا وقعت المنازعة بين صاحب الارض و بين من يريد الكلأ — ان كان المريد للكلأ يجد الكلأ في ارض مباحة قريبة من تلك الارض ، فلصاحب الارض ان يمنعه من الدخول — وان لم يجد ، يقال لصاحب الارض — اما ان تعطيه الكلأ او تأذن له بالدخول فيأخذ حقه اه . ومثله في الخانية وغيرها وقوله في ارض مباحة اي في غير ملك احد كما في الهداية قال في رد المحتار قال المقدسي ولم ار تقدير القرب و ينبغي تقديره بالميل كما في التيمم اه

المادة ١٢٥٨ — ※ اذا جمع شخص احطاباً من الجبال المباحة

وتركها فيها فجاء غيره واخذها فلذلك الشخص ان يستردها منه ※

وان لم يكن شدها وربطها - لانه ملكها بمجرد الاحتطاب كما مر في المادة ١٢٥٣ - وهذا بخلاف الكلأ فانه لا يصير محرزاً مملوكا - ما لم يجمعه ويحصده ويجرزه كما مر في المادة ١٢٥٢

المادة ١٢٥٩ - ※ لكل احد كايناً من كان ان يقطف فاكهة الاشجار التي في الجبال المباحة وفي الأودية والمراعي التي لا صاحب لها ※

المادة ١٢٦٠ - ※ اذا استأجر شخص اجيراً لاجل جمع الاحطاب المتكسرة او امساك الصيد فما جمعه من الحطب او امسكه من الصيد فهو للمستأجر ※

لان الاجير عامل لمستأجره ولا فرق في هذا الحكم بين ان تكون الاجارة صحيحة - بأن بينا الوقت او فاسدة . غاية الامر انه في الاجارة الفاسدة يجب له اجر المثل لا المسمى فافهم - قال في الهندية في الباب السادس من الاجارة : قال نصير سألت ابا سليمان عمن استأجره ليحطب له الى الليل قال ان سمى يوماً جاز والحطب للمستأجر ولو قال : هذا الحطب فالاجارة فاسدة والحطب للمستأجر وعليه اجر مثله . ولو كان الحطب الذي عينه المستأجر ملك المستأجر جاز ، قال نصير فان استعان بانسان يحتطب له ويصطاد له قال الحطب والصيد للعامل . وكذا ضربة القانص قال استاذنا وينبغي ان يحفظ هذا فقد ابتلي به الخاصة والعامة يستعينون الناس في الاحتطاب والاحتشاش وقطع الشوك فيثبت الملك للاعوان فيها ولا يعلم الكل بها فينقونها قبل الاستيهاب بطريقه او الاذن فيجب اعليهم مثلها او قيمتها وهم لا يشعرون لجهلهم وغفلتهم اعاذنا الله تعالى من الجهل

ووفقنا للعلم والعمل اه

المادة ١٢٦١ - ✲ اذا اوقد شخص ناراً في ملكه فله ان يمنع غيره من الدخول الى ملكه لاجل الانتفاع بها ✲

واستظهر العلامة ابن عابدين في رد المحتار من كلامهم ، انه ليس للطالب ان يقول للمالك اما ان تدعني ادخل او تخرجه لي — كما هو الحكم في الماء والكلأ قال: والفرق فيما يظهر لي ان الشركة ثابتة في عين الماء والكلاء لا في عين الجمر — فلا يجب عليه ان يخرج الجمر ليصطلي به ، لانه لا شركة لغيره ولذا له استرداد جمر له قيمة ممن اخذه — بخلاف الكلاء والنار الغير المحرزين فلو اخذهما احد من ارضه لا يستردهما منه ، لان الشركة في عينهما تأمل اه

✲ اما اذا اوقد شخص ناراً في صحراء ليست بملكه فلسائر الناس ان ينتفع بها وان يدفأ بها وان يخيط شيئاً في ضيائها وان يشعل قنديله منها وليس لصاحب النار منعه لكن بدون اذن صاحبها ليس له ان يأخذ منها جمراً ✲

لان ذلك حطب او فحم قد احرزه الذي اوقد النار وانما الشركة التي اثبتها رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، في النار . والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم فان اخذ شيئاً يسيراً من ذلك الحجر ينظر — فإن كان ذلك شيئاً له قيمة اذا جعله صاحبه فحماً ، كان له ان يسترده منه — وان كان شيئاً لا قيمة له ، فليس له ان يسترده منه وله ان يأخذه بغير استئذان لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة . والمانع يكون متعنتاً لا منتفعاً وقد بينا ان المتعنت ممنوع من التعنت شرعاً كذا في المبسوط . وذكر في موضع آخر : ان كانت النار بحال لو خمدت تصير فحماً ليس له ان يقتبس منها لان لها قيمة لا محالة وان كانت بحال لو خمدت تصير رماداً فله ان يقتبس منها . وقيل ان كانت النار من حطب

مباح - بأن اوقد الشجر القائم كما يكون في الفيافي من غيران يحرزه اولا ، كان له ان يقتبس منها ، وان كانت بحال لو خمدت تصير فحماً - واما اذا احرزه اولاً حتى صار ملكاً له فهو على التفصيل الذي قلنا كذا في الهندية عن المحيط

* الفصل الرابع *

« في بيان حق الشرب والشفة »

المادة ١٢٦٢ - * الشرب هو نوبة الانتفاع بسقي الحيوان والزرع *

المادة ١٢٦٣ - * حق الشفة هو حق شرب الماء *

عبارة التنوير والشفة شرب بني آدم والبهائم بالشفاه اه . والمراد استعمال بني آدم لدفع العطش او للطبخ او التوضوء او الغسل او غسل الثياب ونحوها . كما في المبسوط . والمراد به في حق البهائم ، الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبه رد المحتار عن القهستاني

المادة ١٢٦٤ - * كما ينتفع كل احد بالهواء والضياء يسوغ له ان ينتفع ايضاً بالبحور والبرك غير المملوكة *

* المادة ١٢٦٥ - * لكل احد ان يسقي اراضيه من الأنهر التي ليست مملوكة وله ان يشق جدولاً لسقي الاراضي و انشاء الطاحون

ولكن عدم المضرة للعامة شرط فاذا فاض الماء واضر الناس او قطع الماء بالكلية او منع سير الفلك فانه يمنع ✻

لا تنس ما كتبناه في شرح المادة (١٢٥٤)

المادة ١٢٦٦ – ✻ للانسان والحيوان حق الشفة في الماء الذي لم يحرزه ✻

في اناء فلو احرزه في جرة او خب او حوض مسجد من نحاس او صفر او جص وانقطع جريان الماء ، فانه يملكه . وانما عبر بالاحراز اي لا الاخذ ، اشارة الى انه لو ملأ الدلو من البئر ولم يبعده من رأسها لم يملكه عند الشيخين اذ الاحراز جعل الشيء في موضع حصين – والى انه لو اغترف الماء من حوض الحمام باناء الحمامي فانه يبقى على ملك الحمامي لكنه احق به من غيره كما في المنية وغيرها كذا في المختار عن القهستاني

المادة ١٢٦٧ = ✻ الانهار المملوكة يعني المياه الداخلة في المقاسم اي المجاري المملوكة حق شربها لاصحابها وللعامة فيها حق الشفة فقط فلا يسوغ لاحد ان يسقي اراضيه من نهر مخصوص بجماعة او جدول او بئر بلا اذنهم ولكن يسوغ له الشرب بسبب حق الشفة وله ايضاً ان يورد حيواناته من النهر والجدول او القناة المذكورات ان لم يخش من تخريبها بسبب كثرة الحيوانات و كذلك له اخذ الماء منها الى جنينته وداره بالجرة والقربة مثلاً ✻

قال في الهندية : نهر لقوم ولرجل ارض بجنبه ليس له شرب من هذا النهر ، كان لصاحب الارض ان يشرب ويتوضأ ويسقي دوابه من هذا النهر وليس له ان يسقي منه ارضاً وشجراً وزرعاً ولا ان ينصب دولاباً على هذا النهر لارضه وان اراد ان يرفع الماء منه بالقرب والاواني ويسقي زرعه او شجره ، اختلف المشايخ فيه — والاصح انه ليس له ذلك ولأهل النهر ان يمنعوه . كذا في فتاوى قاضيخان والوجيز — وقال بعضهم لا يمنع من ذلك وهو الاصح . وهكذا في الهداية والكافي والتبيين والظهيرية . وان اراد قوم ليس لهم شرب من هذا النهر ، ان يسقوا دوابهم منه قالوا : ان كان الماء لا ينقطع بسقي الدواب ولا يفنى ليس لاهل النهر ان يمنعوهم — وان كان الماء ينقطع بسقيهم بان كانت الابل كثيرة كان لهم حق المنع . وقال بعضهم ان كان تنكسر ضفة النهر ويخرب بالسقي ، كان لهم حق المنع والا فلا — وكذا العين والحوض الذي دخل فيه الماء بغير احراز واحتيال فهو بمنزلة النهر الخاص اه . وذكر في الخانية ايضاً : رجل اتخذ في داره خضرة او شجرة واراد ان يسقي ذلك بالاواني من نهر لغيره — اختلفوا فيه قال مشايخ بلخ رحمهم الله تعالى ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر كما ليس له ان يسقي زرعه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى الاصح انه لا يمنع من هذا المقدار ، لان الناس يتوسعون فيه والمنع من ذلك يعد من الدنائة .

تنبيه

الشرب لا يباع ولا يوهب ولا يؤجر ولا يتصدق به ، لانه ليس بمال متقوم في ظاهر الرواية وعليه الفتوى ، ولا يصلح بدل خلع او صلح عن دم عمد ومهر نكاح وان صحت هذه العقود لانها لا تبطل بالشرط الفاسد — فان جعل بدل خلع لا تكون له من الشرب شيء بل عليها ان ترد المهر الذي اخذته لانها غرته بالتسمية وان جعل بدل صلح عن دم عمد سقط القصاص لوجود القبول وعلى القاتل رد الدية لان الولي لم يرض بسقوط حقه مجاناً وان جعل بدل مهر وجب مهر المثل ثم انه لا يقرض ولا يرهن ولا يعار

والحاصل ان الشرب لا يملك بسبب ما — حتى لو مات وعليه دين لم يبع

الشرب بلا ارض فلو لم يكن له ارض ، قيل يجمع الماء في كل نوبة في حوض فيباع الماء الى ان ينقضي دينه — وقيل ينظر الامام لأرض لا شرب لها فيضمه اليها فيبيعها برضاء ربها فينظر لقيمة الأرض بلا شرب ولقيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما الى الدين . وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت ارضاً بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعها فيصرف من الثمن الى ثمن الارض ويصرف الفاضل الى قضاء الدين — غير ان الشرب يورث ويوصى بالانتفاع به ، لان الملك بالأرث يقع حكماً لا قصداً . ويجوز ان يثبت الشيء حكماً وان كان لا يثبت قصداً كالخمر تملك حكماً بالميراث وان لم تملك قصداً بساير اسباب الملك وما تجري فيه الارث تجري فيه الوصية ، لانها اخته وتعتبر الوصية فيه من الثلث قال بعضهم — بأن يسئل من المقومين من اهل ذلك الموضع ان العلماء لو اتفقوا على جواز بيعه منفرداً بكم يشترى فان قالوا بماية اعتبر من الثلث . واكثرهم على ان يضم الى هذا الشرب جريب من اقرب ارض اليه فينظر بكم تشترى معه وبدونه فيكون فضل ما بينهما قيمته

وتصح دعوى الشرب بغير ارض استحساناً ، والقياس ان لا تصح لانه مجهول جهالة لا تقبل الاعلام . وجه الاستحسان انه مرغوب فيه منتفع به ويمكن ملكه بلا ارض بارث ووصية كما تقدم واذا كان لرجل ارض ولآخر فيها نهر واراد رب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ، لم يكن له ذلك ويترك على حاله وان لم يكن النهر في يد الآخر ولم يكن جارياً في الارض وقت الخصومة ولم يعلم جريانه قبلها ، فعليه البيان ان هذا النهر له اذا كان يدعي رقبة النهر او انه قد كان له مجرى الماء في هذا النهر اذا كان يدعي الاجراء فيه — اما اذا كان جارياً وقت الخصومة او علم جريانه قبلها يقضي به له — الا ان يبرهن صاحب الارض انه ملكه

ثم اعلم ان علامة كون النهر في يده كريه وغرس الاشجار في حافتيه وسائر تصرفاته . وعلى هذا المصب في النهر او على سطح او الميزاب او الممشى كل ذلك في دار غيره اي ان لم يكن في يده ولم يكن جارياً اي ماشياً وقت الخصومة ولم يعهد قبلها ، لا بد من البينة على ان المصب او الميزاب والممشى ملكه

او انه كان له فيه التسييل او المشي . الكل من الدر متناً وشرحاً ورد المحتار قال في رد المحتار: ولكن في الذخيرة عن ابي الليث لو كان مسيل سطوحه الى دار رجل وله فيها ميزاب قديم فليس له منعه وهذا استحسان جرت به العادة – اما اصحابنا فقد اخذوا بالقياس وقالوا ليس له ذلك الا ان يقيم بينة ان له حق المسيل . والفتوى على ما ذكره ابو الليث اه وفي البزازية و به نأخذ اه وهو موافق لقاعدة ان القديم يترك على قدمه تأمل اه اقول وقدمنا مثله عن الخانية في شرح مادة ١٢٢٩ وعليه مشت المجلة في المادة المذكورة

المادة ١٢٦٨ – ✵ يسوغ لمن كان ضمن ملكه ماء متتابع الورود سواء كان حوضاً او بئراً او نهراً ان يمنع طالبه من الدخول في ملكه لكن اذا لم يوجد في قربه ماء مباح غيره للشرب يجبر صاحب الملك على اخراج الماء لذلك الطالب او اعطائه الرخصة بالدخول لاجل اخذ الماء وان لم يخرج له الماء فله حق الدخول واخذ الماء لكن بشرط السلامة يعني ان عدم الضرر شرط كتخريبه حافة الحوض او البئر او النهر ✵

ولو منع صاحب البئر او الحوض او النهر الذي في ملكه بأن لم يمكن منه الدخول ولم يخرجه اليه ولم يجد ماء مباحاً بقربه وهو يخاف على نفسه او دابته العطش ، كان له ان يقاتله بالسلاح لأثر عمر رضي الله تعالى عنه وهو ان قوماً وردوا ماء فسئلوا اهله ان يدلوهم على البئر فلم يدلوهم عليها فقالوا ان اعناقنا واعناق مطايانا قد كادت تنقطع من العطش فلم يفعلوا فذكروا ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال فهلا وضعتم فيهم السلاح وان كان الماء محرزاً في الاواني قاتله بغير سلاح – كطعام عند المخمصة اذا كان فيه فضل عن حاجته بأن كان

يكفي لرد رمقها فيأخذ منه البعض ويترك البعض والا تركه لمالكه واذا اخذ الفضل ضمن له ما اخذ لان حل الأخذ للاضطرار ، لا ينافي الضمان افاده في الدر وحواشيه

المادة ١٢٦٩ ـ ✻ ليس لأحد الشركاء في النهر المشترك ان يشق منه نهراً يعني جدولاً الا باذن الآخرين وليس له ان يبدل نوبته القديمة وليس له ان يسوق الماء في نوبته الى ارض له اخرى لا شرب لها من ذلك النهر ولو رضي اصحاب الحصص بهذه الاشياء فلهم او لورثتهم الرجوع بعده ✻

لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب ، باطلة والاعارة غير لازمة هداية . وقد تضمنت هذه المادة ثلاث مسايل - الاولى ما اذا اراد احد الشركاء في النهر ان يتصرف فيه — الثانية ما اذا كان ماء النهر مقسما عليه بالنوب فاراد احدهم ان يبدل نوبته — الثالثة ما اذا كان لارض احدهم شرب من النهر المشترك فاراد ان يسوقه الى ارض له اخرى ليس لها شرب من ذلك النهر وفي جميع ذلك يمنع مما اراد فعله —الا باذن جميع الشركاء — حتى لو اذنوا الا واحداً منهم او كان احدهم صغيراً او غائباً منع ايضاً — اما في المسئلة الاولى ، فلما في الدر وحواشيه وغيرها — من انه ليس لاحد من الشركاء في النهر ان يشق منه نهراً او ينصب عليه رحى او دالية كناعورة او جسراً او يوسع فم النهر لان في ذلك كسر دفة النهر او شغل موضع مشترك او زيادة على مقدار حقه في اخذ الماء . وكل ذلك لا يجوز بغير اذنهم سواء كان فيه ضرر على الشركاء او بعضهم ، او لم يكن ، لانه تصرف في الملك المشترك بلا اذن الشريك — نعم لو اراد ان يضع الرحى او الدولاب في ملكه — بأن تكون حافتا النهر وبطنه ملكاً له وليس للشركاء الا حق الاجراء فيه او ان تكون له ارض ملاصقة لذلك النهر فيضع

فيها الرحى او الدولاب ، فلا يمنع من ذلك — الا اذا كان مضراً بالنهر بأن يكسر ضفته او بالماء بأن يتغير عن سننه الذي كان يجري عليه بأن يعوج الماء حتى يصل الى الرحى في ارضه — ثم يجري الى النهر من اسفلها لانه يتأخر وصول حقهم اليهم او ينقص واذا لم يضر احداً لا يمنع ، لانه تصرف في خالص ملكه ولا ضرر لغيره في ذلك . فمن منعه منه يكون متعنتاً فلا يلتفت اليه — واما الثاني فلما في الدر ايضاً وغيره — من انه ليس له ان يقسم الماء بالايام والحال انه قد كانت قسمته بالكوي لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه قال في رد المحتار قال القهستاني : وفيه اشعار بانه لو كان لرجل مياه في اوقات متفرقة في قرية لم يجز جمعها في وقت الا برضاهم كما في الجواهر — لكن في التتمة انه جايز اه

اقول لو لزم من بقاء القديم على قدمه ضرر على بعض الشركاء بأن قل ماء النهر كما يكون في بعض السنين وكانت كوة احدهم في اعلى النهر تأخذ اكثر ماء النهر فلا يبقى لشركائه ما يكفي اراضيهم ، ينبغي ان يفتى بما ذكره القهستاني عن شيخ الاسلام فقد ذكر في الحامدية : انه ليس لاهل الاعلى ان يسكروا النهر المشترك عن اهل الاسفل وان كانوا يفعلون ذلك من قديم الزمان ، لانه تصرف في باطن النهر المشترك بدون اذن الشركاء وان لاهل الاسفل ان يمنعوهم من ذلك حتى يسقوا اراضيهم لانه يبدأ باهل الاسفل حتى يرووا وان هذا ما افتى به الخير الرملي وغيره وهو المذكور في المتون كالهداية والملتقى . ثم قال وذكر القهستاني وتبعه العلائي في شرح الملتقى عن شيخ الاسلام انه استحسن المشايخ ان يقسم الامام بينهم بالايام اي اذا لم يصطلحوا ولم ينتفعوا بلا سكر فيسكر كل في نوبته . وينبغي الافتاء بهذا ان لزم قصر الضرر على اهل الاعلى فانه ربما يشرب اهل الاسفل جميع النهر فيلزم ان تيبس زروع اهل الاعلى مع ان لهم حقاً في النهر تأمل اه ملخصاً

قال في رد المحتار بعد ما ذكر عن شيخ الاسلام وانت خبير بان ما استحسنه مشايخ الانام من القسم بالايام فيه دفع الضرر العام وقطع التنازع والخصام اذ لا شك ان الكل في هذا الماء حقاً فتخصيص اهل الاسفل به حين قلة الماء فيه ضرر لاهل الاعلى — وكذ تخصيص اهل الاعلى به فيه ضرر

باهل الاسفل مع العلم بانه مشترك بين الكل فلذا استحسنوا ماذكروا وارتضوه .
ثم رأيت في كافي الحاكم الشهيد ما يدل عليه حيث قال : فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر ، لم يكن له ان يسكر النهر على اهل الاسفل ولكن يشرب بحصته اه . فقوله ولكن يشرب بحصته يومئ ، الى هذا حيث لم يمنعه من الشرب اصلاً والله سبحانه اعلم اه .

واما في المسئلة الثالثة فلما في التنوير وغيره : وليس له اي لاحد من الشركاء ان يسوق نصيبه الى ارض له اخرى ليس لها منه اي من النهر شرب اه . قال في رد المحتار لانه اذا تقادم العهد يستدل به على انه حقه هداية — اي فيلزم ان يقضي له شرب الارضين جميعاً ، لانه اذا لم يعلم يقسم على مقدار الارضين اتقاني . وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى ينتهي الى الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى هداية وذكر خواهر زاده أنه اذا املأ الاولى وسد فوهة النهر له ان يسقي الاخرى من هذا الماء ، لانه حينئذٍ لم يستوف زيادة على حقه وان لم يسد فلا كفاية اه ما في رد المحتار .

اقول افاد قوله وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى الخ ، ان موضوع مسئلة التنوير المارة ان يسقي الارضين معاً وهي التي لها حق الشرب والاخرى بنصيب الاولى وهو الذي يقتضيه التعليل بانه يلزم ان يقضى له بشرب الارضين معاً كما لا يخفى ، وان موضوع هذه المسئلة ان يسوق حق شرب الاولى فيها الى الارض الاخرى فيسقيها فقط دون الاولى وعللوا منعه من ذلك بأن سوق النصيب في ارضه الاولى ينشف بعض الماء قبل ان يسقي الاخرى فأفاد ان سقي الثانية بشرب الاولى اذا لم يسقه في الاولى بان كانت الثانية محاذية للنهر ، لا يمنع منه لعدم ظهور العلة حينئذٍ . ويستفاد من هذه التعاليل انه انما يمنع من سقي ارضه الثانية في مسئلة التنوير ومن سوقه في الاولى الى الثانية في المسئلة الثانية وهي المنقولة عن الهداية ، اذا كان الماء مشتركاً بين اراضيهم اشتراكاً مطلقاً غير مقسم بالايام اوالكوى والا فلو بالايام بان كان لاحدهم شرب يوم الخميس من كل اسبوع مثلاً فاراد ان يسوق بعض نصيبه من ذلك الى ارضه الاخرى فيسقي

الارضين بنصيبه المذكور لا يمنع من ذلك اذ بثبوت حق الشرب للأرضين حينئذٍ لا ضرر فيه على الشركاء حيث لا يأخذ من الماء الا شرب ذلك اليوم وهو حقه وكذا اذا كانت مقسمة بالكوى فان كوته الخاصة به اذا سقى منهـا ارضاً او ارضين او اكثر لا ينقص شيء من حقوق الشركاء ويؤيد ما قلنا المسئلة الثالثة وهي ما ذكره خواهر زاده فانه فيها قد جاز له سقي الارض الثانية حيث لم يستوف زيادة عن حقه فيقال فيما ذكرنا كذلك .

ولا ينافي هذا عبارة الخانية وهي شرب من نهر لارض اشترى ارضاً اخرى ليس لها شرب من هذا النهر بجنب ارضه الاولى ، ليس له ان يجري الماء من الاولى اليها او يجعلها مكان الاولى وليس له ان يسقي نخيلاً له او زرعاً له في ارض اخرى — الا ان يملأ الاولى ويسد عنها الماء ثم ينتحه الى الاخرى يفعله مرة بعد مرة أخرى اه فان قوله — ليس له ان يجري الماء من الاولى اليها يعني بان يسقي الارضين وهي مسئلة التنوير وقوله او يجعلها مكان الاولى — يعني بان يسقيها فقط بعد ان يجري الماء في الاولى اليها وهي مسئلة الهداية . وقوله ليس له ان يسقي نخيلاً له الخ يشير به الى ما ذكره خواهر زاده . ثم رأيت في الباب الثالث من كتاب الشرب من الهندية معزياً لمحيط السرخسي ما نصه : وفي النوادر ساقية بين قوم لهم عليها ارضون لكل واحد عشرة اجربة فكان في نصيب احدهم فضل عما تحتاج اليه ارضه واحتاجه اصحابه الى تلك الفضلة فان شركاءه اولى بتلك الفضلة وليس له ان يسوق ذلك الماء الى ارض له اخرى ولا يشبه ما لو كان له سدس الماء من نهر بين قوم او عشره او اقل او اكثر فأخذ نصيبه من ذلك في نهر له خاصة له ان يسوقه الى ما شاء من الارضين ولو استغنى عنه ليس لشركائه عليه سبيل اه . وهذا كما ترى كالصريح فيما افادته التعاليل السابقة والله سبحانه اعلم

❊ فروع ❊

نهر بين قوم على حصص معلومة فصرف الوالي حصة بعضهم بعينه الى رجل كان نقصان ذلك على الجميع . رجل باع ارضاً بشربها فللمشتري قدر ما يكفيها وليس له جميع ما كان للبائع . قوم لهم ارض على نهر لا يعرف كيف كان بين اهلها

في الماضي اختصموا في الشرب فهو على قدر اراضيهم لكل انسان بحصته اي من الاراضي — بخلاف الطريق اذا كان بين جماعة ودار احدهم اوسع من دار الباقين فانه لا يستحق بتلك الزيادة من الطريق لان الاستطراق الى الدار الكبيرة ، نحو الاستطراق الى الدار الصغيرة لا يتفاوت ذلك — بخلاف الشرب خانية .

وفيها بعد ورقتين : نهر بين قوم لهم عليه اراض لبعضهم عليه سواق وللبعض عليه دوالٍ وللبعض ارض ليس لارضه على هذا النهر دالية ولا ساقية وليس لها شرب معروف من هذا النهر وهذه الارض على شاطئ النهر — ذكر في الكتاب ان النهر في القياس يكون بين اصحاب السواقي والدوالي لا لصاحب الارض — وفي الاستحسان يكون النهر بينهم على قدر اراضيهم التي تكون على شط النهر — وان كان يعرف لهم شرب قبل ذلك فهو على ذلك المعروف ، وان لم يكن النهر بينهم على قدر اراضيهم . وان كان لهذه الارض شرب معروف من غير هذا النهر فلها شربها من ذلك النهر وليس لها من هذا النهر شرب لان الارض الواحدة لا يكون شربها من نهرين عادة ، فأن لم يكن لها شرب معروف من غير هذا النهر وقضى لها القاضي بالشرب من هذا النهر بحكم الظاهر وكان لصاحبها ارض اخرى بجنب هذه الارض ليس لها شرب معروف ، ففي القياس لا يكون لهذه الارض الاخرى شرب من هذا النهر ، لان الارض الاخرى غير متصلة بهذا النهر بل الارض الاولى حايلة بين الارض الاخرى وبين النهر — وفي الاستحسان يكون لارضه شرب من هذا النهر لان الاراضي اذا كانت متصلاً بعضها ببعض فاذا جعل لبعضها شرب من هذا النهر كان شرب الكل من هذا ظاهراً اه ومثله في التتارخانية وكذا في الهندية في الباب الرابع من كتاب الشرب معزياً للمبسوط وزاد فيه قوله : وان كان الى ارضه ارض للآخر وارض الاول بين النهر وبينها وليس لهذه الارض شرب معروف ولا يدري من اين كان شربها ، فاني اجعل لها شرباً من هذا النهر ايضاً — الا ان يكون النهر معروفاً لقوم خاصة فلا اجعل لغيرهم فيه شرباً الا ببينة اه .

وفيها عن المحيط : رجل له ارضان على نهر احداهما في اعلى والاخرى في اسفل فادعى ان شربهما من هذا النهر ، وانكر الشركاء شرب احداهما بعينها — ان

لم يكن يسقي تلك الارض من نهر آخر فالقول لصاحب الارض اهـ٠

والحاصل من هذا ان من كان له ارض على شاطىء نهر مشترك لا يعرف لها شرب من ذلك النهر ولا من غيره يعتبر ذايد على النهر باسوة من شرب اراضيهم من ذلك معروف فيكون القول قوله بان ارضه لها حق الشرب من ذلك النهر — الا ان يقيم الآخرون بينة بان النهر جميعه ملكهم على الاختصاص ويلزم من ذلك انه لو اقام الفريقان بينة على ما يدعيه تقبل بينتها ويقضي لصاحب الارض بالاشتراك معهم قضاء ترك فتدبر٠

❊ الفصل الخامس ❊

❊ في احياء الموات ❊

المادة ١٢٧٠ — ❊ الاراضي الموات هي الاراضي التي ليست ملكاً لاحد ولا هي مرعى ولا محتطبا لقصبة او قرية وهي بعيدة عن اقصى العمران يعني ان جهير الصوت لو صاح من اقصى الدور في طرف تلك القصبة او القرية لا يسمع منها صوته ❊

عبارة الكنز هي ارض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة عن العامر اهـ٠ وقوله او لغلبته عليها اي وما اشبه ذلك بان تصير الارض سبخة او يغلب عليها الرمال شلبي٠ وكذا اذا غلبت عليها الحجارة الكبيرة٠ وعليه فالارض المسماة بالبور التي لم تفلح وتزرع من احقاب كثيرة — اذا كانت فلاحتها الاعتيادية ممكنة لا تسمى مواتاً فليحفظ لانها سميت مواتاً اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيهاً لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به٠ وقوله هنا التي ليست ملكاً لاحد اي ما دخلت في الاسلام في ملك احد ولو

ذمياً لان المبت عند الاطلاق ينصرف الى الكامل . وكماله بأن لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم او ذمي كان ملكه باقياً فيها لعدم ما يزيله فلا تكون مواتاً ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والاموال الضائعة . وجعل المملوك في الاسلام اذا لم يعرف مالكه ، من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات ، لا لانه موات حقيقة زيلعي ملخصاً

وقوله ولا هي مرعى ولا محتطباً الخ ، اشارة الى الشرط الذي اعتبره محمد رحمه الله تعالى في الموات وهو عدم ارتفاق اهل قصبة او قرية به سواء كان قريباً منها او بعيداً عنها . وقوله وهي بعيدة عن اقصى العمران اشارة الى الشرط الذي اعتبره ابو يوسف رحمه الله تعالى وهو البعد عن القصبة او القرية سواء كان محتطباً اومرعى اولم يكن قال لان الظاهر ان ما يكون قريباً من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه هذا ما صرح به في الدر والهداية .

والظاهر ان المجلة اعتبرت الشرطين معاً فما كان مرتفقاً لاهل قرية لا يكون مواتاً وان كان بعيداً عنها وما كان قريباً منها لا يكون مواتاً وان لم يكن مرتفقاً له فتدبر

المادة ١٢٧١ — ✻ الاراضي القريبة الى العمران تترك الى الاهالي مرعى ومحتصداً ومحتطباً ويقال لها الاراضي المتروكة ✻

هذا تصريح باعتبار ما شرطه ابو يوسف وهو ان لا يكون قريباً من القرية سواء كان مرتفقاً لها اولا — كما ان قوله في المادة السابقة ولا هي مرعى ولا محتطباً الخ ، تصريح باعتبار ما شرطه محمد وهو عدم الارتفاق سواء كانت قريبة او بعيدة . قال في الملتقى ولا يجوز احياء ما قرب من العامر بل يترك مرعى لأهل قرية ومطرحاً لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليه تحقيقاً او تقديراً فصار كالنهر والطريق ولا يجوز احياء ما عدل عنه ماء الفراة ونحوها كدجلة والشط وغيرها

واحتمل عوده اليه لحاجة العامة الي كونه نهراً فان لم يحتمل عوده الى مكانه جاز احياؤه لكونه ملحقاً بالموات اهـ مع زيادة من شرحه مجمع الأنهر

المادة ١٢٧٢ — ✵ اذا احيا شخص ارضاً من الاراضي الموات بالاذن السلطاني صار مالكاً لها وان اذن السلطان او وكيله لشخص باحياء ارض على ان لا يكون متملكاً بل لمجرد الانتفاع فذلك الشخص يتصرف بتلك الارض كما اذن له لكن لا يكون مالكاً تلك الارض ✵

وانما له حق التصرف فيها انتفاعاً حسبما يأذن له السلطان — واما رقبتها فمملوكة لبيت المال فلا تورث عنه الميراث الشرعي ولا يبيعها كما يبيع سائر املاكه — وانما له الفراغ عنها لآخر باذن السلطان كما هو الحكم في ساير الاراضي المملوكة رقبتها لبيت المال وهي في تصرف الغير بالطابو — بخلاف ما لو احياها باذن السلطان فانه يملك رقبتها بالاحياء بدليل التعبير بلام الملك في الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام (من احيا ارضاً ميتة فهي له) صرح به في رد المحتار وما ذكرناه هو ما يظهر من كلامهم ومن هذه المادة . ثم ان ما ذكر من الحكم هو قول الامام رحمه الله تعالى وقالا يملكها بلا اذن — حتى لو اذن له باحيائها على ان ينتفع بها ولا يكون له الملك فاحياها يملك رقبتها ايضاً عندهما لان هذا شرط لا اعتبار به عندهما خلافاً لأبي حنيفة . له ان الارض مغنومة لاستيلاء المسلمين عليها فلم يكن لاحد ان يختص بها بدون اذن الامام كساير المغانم وفي القهستاني: وان كان مستأمناً فلا يملكها أصلا بالاتفاق مجمع الانهر قال في رد المحتار وقول الامام هو المختار ولذا قدمه في الخانية والملتقى كعادتهما وبه اخذ الطحاوي وعليه المتون . ومحل الخلاف اذا ترك الاستئذان جهلاً اما اذا تركه تهاوناً كان للامام ان يستردها زجراً اتفاقاً اهـ . وافادت هذه المادة ان اذن وكيل السلطان

كاذنه بنفسه وبه صرح في مجمع الانهر فقال باذن السلطان او نائبه اه وفي رد المحتار عن التتارخانية ما نصه : والقاضي في ولايته بمنزلة الامام اه قال وفيها قبيل كتاب الاحياء سئل السمرقندي في رجل وكل باحياء الموات هل هو للوكيل كما في التوكيل بالاحتطاب والاحتشاش ام للموكل كما في سائر التصرفات قال ان اذن الامام للموكل بالاحياء يقع له اه

المادة ١٢٧٣ = ﴿ فلو احيا شخص مقداراً من الاراضي وترك باقيها فما احياه يكون مالكاً له وباقيه ليس له لكن اذا بقي في وسط الارض التي احياها محل خال فذلك المحل يكون له ايضاً ﴾

يعني لو اذن السلطان لرجل باحياء ارض معينة فاحيا بعضها دون بعض ، يملك ما احياه فقط دون ما تركه — الا اذا كان ما تركه في وسط ما احياه بحيث يكون ما احياه محيطاً بما تركه فحينئذ يملك الجميع . ولا فرق في ذلك بين ان يكون ما احياه اكثر من المتروك في الوسط او مثله او اقل وهذا قول محمد رحمه الله تعالى واعتبر ابو يوسف الكثيرة فقال ان عمر اكثر من النصف يكون احياء لتلك الارض المأذون له باحيائها وان عمر نصفها له ما عمر دون ما بقي افاده في الهندية عن محيط السرخسي فظهر ان المجلة قد اخذت بقول محمد رحمه الله تعالى فافهم

المادة ١٢٧٤ — ﴿ اذا احيا شخص ارضاً من اراضي الموات وبعده جاء آخرون ايضاً واحيوا الاراضي التي في اطرافها الاربع يتعين طريق ذلك الشخص في الارض التي احياها المحيي آخراً يعني يكون طريق الشخص منها ﴾

لقصد الاخير ابطال حق مروره الى أرضه لانه حين سكت عما قبل الاخير صار ما احياه الاخير طريقاً له فاذا احياه فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له طريق رد المحتار عن الكفاية والعناية . وهذا اذا كان احياء الآخرين على التعاقب كما هو صريح عبارة التنوير ويشير اليه هنا قوله المحيي آخراً فلو احيوها معاً فله التطرق من ايها شاء كما في رد المحتار عن الظهيرية

بقي ما لو كان الاحياء جميعه لواحد قال الطحطاوي فله ان يتطرق الى ارضه من اي جانب شاء اه . قال في رد المحتار وهذا يشمل ما لو كان الاحياء من ذلك الواحد على التعاقب ايضاً وهل الحكم فيه كذلك يحتاج الى نقل والذي يظهر لي من التعليل انه كالاربعة اه . يعني فيتعين الطريق فيما احياه الواحد اخيراً

اقول مافي كره الطحطاوي من الاطلاق ، منقول في الهندية عن الظهيرية ونصها : رجل احيا ارضاً ميتة ثم جاء انسان واحيا اراضي حولها حتى احاط الاحياء بجوانبها الاربعة كان له ان يتطرق الى ارضه من الارض التي احياها الآخر فان جاء اربعة واحيا كل واحد جانباً حتى احاط احياؤهم بها ، كان له ان يتطرق الى ارضه من اي ارض شاء اذا احيوا جوانبها معاً اه . وانت تعلم ان المطلق يبقى على اطلاقه الا بنقل يوجب تقييده .

المادة ١٢٧٥ = ❊ كما ان البذر والغرس احياء للارض كذلك الحرث والسقي او شق جدول لاجل السقي ايضاً احياء ❊

عطف السقي والحرث بالواو ، يشير الى ان احدهما بانفراده لا يكون احياء — وعطف شق الجدول على السقي باو ، يشير الى ان احدهما بانفراده يكون احياء — واما الواو العاطفة للغرس على البذر فلا شك في انها بمعنى او ، لان كلا من البذر والغرس بانفراده احياء — اما البذر فلانه لا بد له من الكراب معه ايضاً — واما الغرس فلانه مثل البناء وسيأتي في المادة الآتية ان البناء احياء وذكر في الدر ان احيا الموات ، ببناء او غرس او كراب اوسقي اه وعبارة الهداية

هكذا: ولو كربها فسقاها فعن محمد انه احياها ولو فعل احدهما يكون تحجيراً ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيراً وان كان سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين وان حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء اهـ. ونقل الزيلعي عن المبسوط ما نصه: ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهراً فهو احياء اهـ.

وعبارة الخانية ان احياء الارض لا يكون بالسقي او الكراب وانما يكون بالقاء البذر والزراعة — حتى لو كربها ولم يسقها او سقاها ولم يكربها لم يكن احياء. وفي ظاهر الرواية اذا حفر لها النهر وسقاها يكون احياء وكذا اذا حوطها او سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء اهـ فالحاصل كما ترى اخذت بما في الهداية والخانية — من ان السقي وحده والكراب وحده لا يكون احياء بل لا بد له من وجود الفعلين واخذت بما في الزيلعي عن المبسوط من ان شق النهر وحده بلا سقي يكون احياء

بقي هنا شيء وهو ان يقال ان ما ذكرهنا من ان السقي مع الحرث او شق النهر او القاء البذر ونحو ذلك يكون احياء، مشكل مما تقدم عن الكنز في شرح المادة ١٢٧٠ ومثله في الهداية وغيرها، من ان الارض الموات هي ارض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها او لغلبته عليها وما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة — كغلبة السباخ والملح والرمل والحجارة فان ما تعذر زرعه لما ذكر لا بد ان يكون له فعل آخر غير الحرث والسقي والبذر تزيل عنه الموانع لينتفع به بمثل الحرث والزرع والغرس ومقتضى كون مجرد الحرث مع السقي او البذر احياء انه لا يشترط في الموات التعذر المذكور.

قلت يمكن دفع هذا الاشكال بان المراد من مجموع كلامهم ان الاحياء الذي يكون سبباً للتملك بالاذن السلطاني، انما يتم بما ذكر هنا واما ما يسبقه من ازالة الموانع — كتنظيفها من الحجارة ومن الشوك ومن الملح والسباخ والرمل المانعة من الكراب، انما هو تحجير لا احياء كما سيأتي بيانه والا فان الارض التي يمكن الانتفاع بها بمجرد الكراب والقاء البذر ليست مواتاً حتى يكون الكراب والزرع احياء لها وانما هي حية بذاتها والانتفاع بها ممكن لا متعذر وهي المملوكة لبيت المال ان لم يعرف

لها مالك — اما لموت ملاكها بلا وارث واما انها لم تقسم بين الغانمين وهي المسماة باراضي الحوز هذا ماظهر لي فتدبره .

المادة ١٢٧٦ — ﴿ اذا بنى شخص جداراً في اطراف ارض من اراضي الموات او بنى مسناة بقدر ما تحفظها من ماء المسيل يكون قد احيا تلك الارض ﴾

لان البناء احياء كما تقدم عن الدر والهداية والمسناة بضم الميم وتشديد النون ما يبنى لدفع الماء عن الارض كما في ابي السعود عن المغرب وكذا لو سنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء كما في الهداية

المادة ١٢٧٧ — ﴿ وضع الاحجار او الشوك او اغصان الاشجار اليابسة محيطة بجوانب الارض الاربعة او تنقية الحشيش منها او احراق الشوك او حفر البئر ليس باحياء ولكنه تحجير ﴾

المراد ان يأتي بالاحجار وما عطف عليها من خارج ويضعها في جوانب الارض فلا تكرار مع المادة الآتية

المادة ١٢٧٨ — ﴿ اذا حصد شخص ما في الارض الموات من الحشيش او الشوك ووضعه في اطرافها ووضع عليه التراب بوجه مانع لوصول ماء السيل اليها ولم يتم مسناتها فلا يكون احيا تلك الاراضي ولكن يكون حجرها ﴾

بتشديد الجيم ويجوز فيه التخفيف لان المراد فيه منع الغير من الاحياء وفي

المبسوط اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لانه اذا علَّم في موضع الموات علامة فكانه منع من احياء ذلك فسمي فعله تحجيراً رد المحتار . وفيه عن غاية البيان ثم التحجير يحصل بوضع الحجر على الجوانب الاربعة — وكذا بوضع الشوك والحشيش مع وضع التراب عليه من غير اتمام المسناة — وكذا اذا غرس حول الارض اغصاناً يابسة او نقى الارض من الحشيش او احرق ما فيها من الشوك وغير ذلك اه — او حفر من البئر ذراعاً او ذراعين . وفي الاخير ورد الخبر هداية . والتحجير لا يحتاج فيه الى اذن السلطان كما سيأتي التصريح به في شرح المادة ١٢٨٦ عن الهداية .

المادة ١٢٧٩ = ✻ اذا حجر شخص محلاً من اراضي الموات يكون احق من غيره بذلك المحل ثلاث سنين فاذا لم يحيه الى ثلاث سنين لا يبقى له حق ويجوز ان يعطي لغيره على ان يحييه ✻

لان التحجير ليس باحياء كما تقدم لكن اذا فعله كان هو احق باحيائها ما لم يرجع عن ذلك لقول عمر رضي الله عنه ليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق فبعد ان تحجر لا يكون لغيره ان يشتغل باحيائها — بل ينتظر الى ان يُعلم انه ترك احياءها وذلك مقدر بثلاث سنين عرف بقول عمر رضي الله عنه . واذا مضت تلك المدة عرف بطريق الظاهر انه ترك احياءها فكان لغيره احياؤها . وهذا بطريق الديانة لانه سبق غيره فكان هو اولى به من غيره كمن سبق بمكان في المسجد او في الرباط او في المفازة كان اولى به من الغير — اما في الحكم اذا احياها غيره بعد التحجير باذن الامام، كانت له خانية اي لانه لم يملكها بالتحجير على ما هو الصحيح في الهداية وقال شيخ الاسلام ان التحجير يفيد ملكا موقتاً لثلاث سنين ، وعليه فلو احياها غيره فيها لا يملكها رد المحتار عن العناية . ثم ان المتحجر بتقديم التاء على الحاء هو المذكور في الهداية والخانية وغيرهما من المعتبرات . وفي رد المحتار عن الدر المنتقى انه بتقديم الحاء على التاء قال وهو الاصح كما في

المغرب اي لانه من الاحتجار اه

المادة ١٢٨٠ - ❋ من حفر بئراً في اراضي الموات باذن السلطان فهو ملكه ❋

وكذا يملك حريمها على ما سيأتي بيانه في الفصل الآتي وانما يملك البئر وما حولها من الحريم اذا اتمها حفراً واما لو حفر منها ذراعاً او ذراعين كان ذلك تحجيراً لا احياء فلا يملكها كما تقدم عن الهداية .

❋ الفصل السادس ❋

في بيان حريم الآبار المحفورة والمياه المجراة والاشجار المغروسة « بالاذن السلطاني في الاراضي الموات »

المادة ١٢٨١ - ❋ حريم البئر يعني حقوقه من جهاته من كل طرف اربعون ذراعاً ❋

المراد من البئر البئر المذكور في المادة السابقة وهو المحفور في ارض الموات باذن السلطان - واما ما حفره الانسان في ملكه فسيأتي ذكره في المادة ١٢٩١ وما حفره في ملك الغير بأباحته للبقعة او بشراء ونحوه فلا حريم له - الا ان يشترطه والظاهر ان له الاستقاء باليد لانه لا ينتفع به الا بالاستقاء وفي الهندية بئر لرجل في دار غيره ، لم يكن لصاحب البئر حق القاء الطين في داره اذا حفر البئر فالمنع عن الالقاء لا عن الاستقاء وما حفره في ارض الموات بلا اذن الامام لم يثبت له الحريم المذكور ، لتوقف الملك بالاحياء على الاذن عنده وبدونه يجعل الحفر

يحجبراً افاده في الدر وحواشيه · واطلاق البئر يشمل بئر الناضح وهي التي ينزع منها الماء بالبعير وبئر العطن وهي التي ينزع منها باليد · و العطن بفتحتين مناخ الابل حول البئر فلا فرق بينهما · وهذا قول الامام · وقالا حريم بئر الناضح ستون ذراعاً · وظاهر المتون والشروح ترجيح قول الامام فأنهم قرروا دليله وابدوه بما لا مزيد عليه واخر في الهداية دليله فاقتضى ترجيحه ايضاً كما هو عادته وذكر ترجيحه العلامة قاسم في تصحيحه ·

المادة ١٢٨٢ ـ ❊ حريم منبع الاعين يعني الماء المستخرج من الارض الجاري على وجهها لها من كل طرف خمسماية ذراع ❊

لقوله صلى الله عليه وسلم : (حريم العين خمسماية ذراع) ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسماية ولا مدخل للرأي في المقادير · ثم قيل هو خمسماية من الجوانب الاربعة من كل جانب ماية وخمسة وعشرون ذراعاً · والاصح انه خمسماية ذراع من كل جانب · والذراع هي المكسرة وهي ست قبضات وكان ذراع الملك كسرى سبع قبضات فكسر منها قبضة زيلعي

المادة ١٢٨٣ ـ ❊ حريم النهر الكبير الذي لا يحتاج الى الكري كل وقت من كل طرف مقدار نصفه فيكون مقدار حريمه من جانبيه مساوياً لعرضه

هذا في النهر المحفور في ارض الموات باذن الامام · قال في الخانية : ولو حفر نهراً في مفازة او في موضع لا يملكه احد باذن الامام قال ابو حنيفة رحمه الله تعالى لا يستحق النهر حريماً · وقال صاحباه يستحق مقدار عرض النهر حتى اذا كان

مقدار عرض النهر ثلاثة اذرع كان له من الحريم مقدار ثلاثة اذرع من الجانبين من كل جانب ذراع ونصف في قول الطحاوي رحمه الله تعالى . وعن الكرخي مقدار عرض النهر من كل جانب اه

قال في الهداية : وهذا ارفق بالناس اه . لكن في رد المحتار عن الاتقاني وغيره : ان للنهر في الموات حريماً اتفاقاً وان الحافر يستحقه اجماعاً - وانما الخلاف في نهر مملوك هو في ارض مملوكة للغير وسيأتي بيان حكم هذا في المادة ١٢٩٠ وشرحها قيد بالنهر الكبير لأن الصغير سيذكر حكمه في المادة الآتية

المادة ١٢٨٤ - ❊ حريم النهر الصغير المحتاج للكري يعني الجداول والقنى تحت الارض على مقدار ما يلزمها من المحل لاجل طرح الاحجار والطين حين كريها ❊

لا انه مقدر بعرض النهر كالكبير . وهذه حكمة افراد الصغير بالذكر قال الزيلعي : وذكر في كشف الغوامض ان الاختلاف بين الامام وصاحبيه ، في نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكري في كل حين - اما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق اه فقوله حريم النهر الخ مبتدا وقوله على مقدار الخ خبره والقنى " جمع قناة وهي ما يجري فيها الماء تحت الارض وكون القناة كالجدول والنهر الصغير في استحقاق الحريم ، هو قول الامامين خلافاً لأبي حنيفة ففي الخانية : ولو حفر رجل قناة بغير اذن الامام في مفازة وساق الماء حتى اتى به ارضاً فاحياها فانه يجعل لقناته ولمخرج مائه حريم بقدر ما يصلح وهذا قولهما - واما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى اذا فعل ذلك باذن الامام يستحق الحريم للموضع الذي يقع فيه الماء على وجه الارض وان كان بغير اذن الامام لا شيء له لان عند ابي حنيفة من احتفر نهراً لا يستحق الحريم . والقناة الى ان يقع الماء على وجه الارض بمنزلة النهر الا ان في القناة يجري الماء تحت الارض فاذا وقع على وجه الارض يصير ذلك الموضع بمنزلة العين لان في العين يخرج الماء من الارض

ويسيل على وجه الارض . ومن استخرج عيناً باذن الامام يستحق الحريم ولهذا قال يستحق الحريم للموضع الذي يقع الماء فيه على وجه الارض الا — ان في الكتاب لم يبين مقدار ذلك — لكن قال يستحق حريماً على قدر ما يصلح لانه لم يجد في هذا نصاً اه فالمجلة اخذت بقول الامامين وهو ان لمجرى القناة حريماً بقدر ما يصلحها

المادة ١٢٨٥ == ✻ حريم القناة الجاري ماؤها على وجه الارض كالعين في كل طرف خمسماية ذراع ✻

قال الزيلعي عند قول صاحب الكنز وللقناة حريم بقدر ما يصلحه . القناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه وعن محمد رحمه الله تعالى انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى لا حريم لها ما لم يظهر ماؤها على وجه الارض ، لانها نهر في الحقيقة فتعتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسماية ذراع اه

والحاصل ان المجلة اخذت بقولهما في ان مجري القناة يستحق الحريم بقدر ما يصلحه لاجل القاء الطين والحجارة الى ان يظهر الماء على وجه الارض واخذت بقول الامام في ان لها حريماً كحريم العين بعد ظهور الماء من كل جهة خمسماية ذراع

المادة ١٢٨٦ — ✻ حريم الآبار ملك اصحابها لا يجوز لغيرهم ان يتصرف فيها بوجه من الوجوه ومن حفر بئراً في حريم آخر يردم وعلى هذا الوجه ايضاً حريم الينابيع والانهر والقنوات ✻

فقد حمي حريماً لانه حرم على غير مالكه قال في الدررفان حفر فللاول ان يسده ولا يضمنه النقصان وان ياخذه بردم ما احتفره ، لان ازالة جناية حفره به كما في كناسة يلقيها في دار غيره يؤخذ برفعها وقيل يضمنه النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح اه

ومثله في الهداية : وفيها وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ولو بلا اذن الامام — اما عندهما فظاهر ، واما عنده فلأنه يجعل الحفر تحجيراً وهو بسبيل منه بلا اذن وان كان لا يملكه بدونه . وما عطب في الثانية فيه الضمان لتعديه بالحفر في ملك غيره اه ملصخاً كذا في رد المحتار . وافاد عن الاتقاني ان طريق معرفة النقصان ان تقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما اه

المادة ١٢٨٧ — ﴿ اذا حفر شخص بئراً بالاذن السلطاني في القرب من حريم بئر لآخر فحريم هذا البئر في سائر جهاته ايضاً اربعون ذراعاً لكن في جهة البئر الاول ليس له ان يتجاوز حريمه ﴾

حتى لو حفر الثاني في القرب من منتهى حريم الاول ، فلا حريم للثاني الا من الجوانب الثلاثة كما في التنوير وغيره . قال ابو السعود ويفهم منه انه لو حفر ثالث اي في القرب من منتهى الاول ومن منتهى الثاني ، كان له الحريم من الجانبين فقط ، حموي عن المقدسي اه رد المحتار اي لسبق ملك الاولين كما في الدر .

المادة ١٢٨٨ — ﴿ اذا حفر شخص بئراً في خارج حريم بئر فذهب ماء البئر الاولى الى الثانية ، فلا شيء عليه كما لو فتح شخص دكاناً عند دكان آخر وكسدت تجارة الاولى فلا تغلق الثانية ﴾

لأن الحاضر الثاني غير متعد فيما صنع والماء تحت الارض غير مملوك لأحد كما تقدم في المادة (١٢٣٥) فليس له ان يخاصمه في تحويل ماء بئره الى البئر الثاني مجمع الانهر

المادة ١٢٨٩ - ✻ حريم الشجر المغروسة بالاذن السلطاني في اراضي الموات من كل جهة خمسة اذرع فلا يجوز لاحد غرس شجرة في هذه المسافة ✻

لأن من غرس اولاً محتاج الى الحريم لجذاذ ثمره والوضع فيه وقيد كون الغرس الاول بالاذن السلطاني لانه بلا اذن لا يملك الحريم عند ابي حنيفة وهو الذي مشت عليه المجلة كما علمت

المادة ١٢٩٠ - ✻ ساقية لشخص جارية في عرصة آخر فطرفاها بقدر ما يمسك الماء لصاحب الساقية واذا كان طرفاها مرتفعين فما ارتفع منهما ايضاً لصاحب الساقية وان لم يكن طرفاها مرتفعين ولم يوجد دليل على ان احدهما ذو يد بأن كان عليها اشجار مغروسة فالطرفان لصاحب العرصة لكن لصاحب الساقية ان يطرح الطين على طرفيها وقت كريها ✻

قد علمت مما كتبناه في شرح المادة ١٢٨٣ ان النهر في الارض الموات له حريم بالاتفاق على الصحيح وقد ذكر في هذه المادة ما اذا كان النهر في ارض الغير وقد تنازع صاحب الارض وصاحب النهر في حريم النهر اي طرفه وكل منهما يقول هو ملكي . وقد وقع خلاف في هذه المسئلة بين الامام وصاحبه فابو حنيفة يقول لا حريم للنهر اذا

كان في ارض الغير فيكون القول في ذلك الحريم ، قول صاحب الأرض أنه ملكه لان الحريم اشبه بالارض صورة ومعنى، لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به — كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في ايديهما والمصراع الآخر مركب على باب دار احدهما كان القول له — فكذا هذا الا ان يبرهن صاحب النهر على ان الحريم ملكه وقال الصاحبان ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به . والاستعمال يد فيه فكان القول قوله وعلى صاحب الارض البينة — كما لو تنازعا في ثوب واحد واحدهما لابسه كان القول قوله لانه صاحب يد بالاستعمال . والمتون على قول الامام رحمه الله تعالى لانه لو كان صاحب النهر مستعملا له بامساك مائه به كان صاحب الارض ايضاً مستعملا له بدفع الماء عن ارضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الارض من الوجه الذي تقدم فكان الحريم له . ثم ان موضع الخلاف ان يكون الحريم موازياً للارض ، وان يكون لا فاصل بينه وبين الارض، وان لا يكون مشغولا بحق احدهما معيناً معلوماً فلو لم يكن موازياً لها بان كان مرتفعاً عنها او فصل بينه وبينها فاصل من بناء او طريق او خندق، كان القول قول صاحب النهر انه له وعلى صاحب الارض البينة . ولو كان مشغولاً بحق احدهما على التعيين بان كان له فيه بناء او غراس او طين او زرع كان القول فيه قول صاحب ذلك الشغل وعلى الآخر البينة — واما لو كان فيه اشجار لا يدري من غرسها فهي مثل الحريم على هذا الخلاف قيل وكذا لو كان فيه طين لا يدري صاحبه فعلى الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما ايهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك . بذلك جرت العادة ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه هذا ملخص ما في الزيلعي ومثله في الهداية وشروحها

زاد في الهداية ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس اه وذكر في الدر معزياً للشمنية ان النهر في ارض الغير له حريم بالاتفاق بقدر ما يحتاج اليه لالقاء الطين ونحوه اه

قلت وممن نقل الاتفاق الشرنبلالي عن الاختيار وشرح المجمع اه

اقول وقولنا فيما لخصناه عن الزيلعي والهداية بأن كان مرتفعاً عنها هكذا قيد عدم الموازاة بالارتفاع في الهندية وغيرها وانظر هل مثله ما اذا كان منخفضاً عنها لصدق عدم الموازاة عليه لم اره منقولاً فحرره نقلاً .

المادة ١٢٩١ — ❊ لا حريم لبئر حفرها شخص في ملكه ولجاره ايضاً ان يحفر بئراً آخر في ملك نفسه عند ذلك البئر وليس لذلك الشخص منع جاره من حفر البئر بقوله انه يجذب ماء بئري ❊

لما تقدم مراراً من ان الماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا مخاصمة فيه .

❊ خاتمة ❊

بنى قصراً في مفازة لا يستحق حريماً وان احتاجه لالقاء الكناسة فيه . اتفقا ان يخرجا نفقة لحفر بئر على انه لاحدهما وحريمه لاخر لا يجوزوهما بينهما ، وان على ان يكونا بينهما نصفين — على ان ينفق احدهما اكثر ما لم يجز ولمن انفق اكثر ان يرجع بنصف الزيادة ، وان على ان يحفرا نهراً لاحدهما وارضاً للآخر لم يجز حتى يكونا بينهما ولمن انفق اكثر ان يرجع تاترخانية ملخصاً كذا في رد المحتار .

❊ الفصل السابع ❊

❊ في بيان المسائل العائدة الى احكام الصيد ❊

المادة ١٢٩٢ = ❊ الصيد جائز سواء كان بالآلات الجارحة كالرمح والبندقية او غيرها كالشبكة او بالحيوان المفترس المعلم كالكلب او بالطائر الجارح كالصقر ❊

البندقية بضم الباء والدال طينة مدورة يرمى بها والمراد ما كان منها خفيفاً

ذا حد . اما الثقيلة لا تحل ، وان جرحت كما في رد المحتار اي لقتلها بالثقل فلا بد لحلها من الذكاة الاختيارية واما الرصاص فإن الجرح فيه به — انما هو بالاحراق والثقل بواسطة اندفاعه العنيف اذ ليس له حد فلا يحل اكل ما صيد الا ان يدركه فيذبحه ، لتكون ذكاته اختيارية افاده في رد المحتار قال وبه افتى ابن نجيم وذكر الزيلعي ان الاصل ان الموت اذا حصل بالجرح بيقين ، حل وان بالثقل او شك فيه فلا يحل حتماً واحتياطاً اه . وقوله الصيد جائز اي مباح كما في التنوير — الا للتلهي لان مطلق اللهو منهي عنه الا في ثلاثة مذكورة في الحظر والاباحة والا في الحرم والا لمحرم سواء كان في الحل او الحرم كما في الدر وحواشيه .

وذكر في رد المحتار : ان الصيد مباح بخمسة عشر شرطاً خمسة في الصائد وهو ان يكون من اهل الذكاة ، وان يوجد منه الارسال وان لا يشاركه في الارسال من لا يحل صيده ، وان لا يترك التسمية عامداً ، وان لا يشتغل بين الارسال والاخذ بعمل آخر — وخمسة في الكلب ان يكون معلماً ، وان يذهب على سنن الارسال ، وان لا يشاركه في الاخذ ما لا يحل صيده ، وان يقتله جرحاً ، وان لا يأكل منه ، وخمسة في الصيد ان لا يكون من الحشرات ، وان لا يكون من بنات الماء الا السمك وان يمنع نفسه بجناحه او قوائمه وان لا يكون متقوياً بنابه او بمخلبه وان يموت بهذا قبل ان يصل الى ذبحه ومجموع هذه الشروط لما يحل اكله ولم يدركه حياً اه

المادة ١٢٩٣ — الصيد هو الحيوان المتوحش من الانسان

الصيد يطلق ويراد به المصدر من صاده اذا اخذه فهو صائد وذاك مصيد ومنه قوله في المادة السابقة الصيد جائز ويسمى المصيد صيداً فيجمع صيوداً وهو كل ممتنع متوحش طبعاً لا يمكن اخذه الا بحيلة (مغرب) فخرج بالممتنع مثل الدجاج والبط اذ المراد منه ان يكون له قوائم او جناحان يملك عليهما ويقدر على الفرار من جهتهما ، وبالمتوحش مثل الحمام اذ معناه ان لا يألف الناس ليلاً ونهاراً وخرج

بطبعاً ما يتوحش من الاهليات فانها لا تحل بالاصطياد وتحل بذكاة الضرورة ودخل به متوحش يألف كالظبي فانه وان كان يألف بعد الاخذ الا انه اذا صيد قبله يحل بالاصطياد ودخل فيه ما لا يؤكل رد المحتار ٠

المادة ١٢٩٤ ـ ✱ كما ان الحيوانات الاهلية لا تصاد كذلك الحيوان البري المستأنس بالانسان ايضاً لا يصاد بناءً على ذلك الحمام المعلوم انه غير بري" بدلالة امثاله او الصقر الذي برجله الجرس او الغزال الذي في عنقه الطوق اذا امسكها احد تكون من قبيل اللقطة فيلزم الاعلام بها كي تعطى لصاحبها ✱

قال في مجمع الانهر : فالحيوان كالظبي والارنب اذا وقع في الشبكة او سقط في البئر او كان ضعيفاً مجروحاً هو متوحش غير ممتنع — واذا استأنس بالادمي هو ممتنع غير متوحش فلا يجري فيه حكم الصيد من الذبح الاضطراري وان كان ممتنعاً ولم يكن متوحشاً في الاصل كالبقر لا يكون صيداً وان كان متوحشاً كالذئب والثعلب لا يكون من الذبائح لانه لا يؤكل بل يكون صيداً ينتفع بجلده اه وفي الهندية عن المبسوط ومن اخذ بازيّاً او شبهه في مصر او سواد في رجليه سير او جلاجل ويعرف انه اهلي فعليه ان يعرف ايرده على صاحبه — وكذلك ان اخذ ظبياً وفي عنقه قلادة وكذلك لو اخذ حمامة في المصر يعرف ان مثلها لا يكون وحشياً فعليه ان يعرفها لانه بمنزلة اللقطة ٠ وبهذا تبين ان من اتخذ برج حمام فاوكرت فيه حمام الناس فما يؤخذ من فراخها ، لا يحل له لان الفرخ يملك بملك الاصل فهو بمنزلة اللقطة في يده — الا انه ان كان فقيراً يحل ان يتناول لحاجته وان كان غنياً ينبغي ان يتصدق بها على فقير ثم يشتري منه بشيء فيتناول — وهكذا كان يفعل شيخنا الامام شمس الائمة رحمه الله تعالى وكان مولعاً باكل الحمام اه

المادة ١٢٩٥ ـ ✻ شرط الصيد كونه ممتنعاً عن الانسان بقدرته على الفرار برجليه او جناحيه فأن صار الى حال لا يقدر على الفرار والخلاص كغزال مثلا وقع في بئر فيكون قد خرج عن حال الصيدية ✻

لانه وان كان متوحشاً لكنه غير ممتنع فلا تجري فيه الذكاة الاضطرارية كما تقدم عن مجمع الانهر في شرح المادة السابقة

المادة ١٢٩٦ ـ ✻ من اخرج صيداً عن حال صيديته فكانه قد امسكه ✻

الصيد يملك بالاخذ والاخذ نوعان حقيقي وحكمي فالحقيقي ظاهر والحكمي باستعمال ما هو موضوع للاصطياد ــ قصد به الاصطياد او لم يقصد ــ حتى ان من نصب شبكة فتعقل بها صيد ، ملكه صاحب الشبكة قصد بنصب الشبكة الاصطياد او لم يقصد ، لان الشبكة انما تنصب لاجل الصيد ــ حتي لو نصبها للجفاف فتعقل بها صيد لا يملكه لانه لا يصير آخذاً له بالشبكة . والاخذ الحكمي يكون ايضاً باستعمال ما ليس بموضوع للاصطياد اذا قصد به الاصطياد حتى ان من نصب فسطاطاً وتعقل به صيد ــ ان قصد بنصب الفسطاط الصيد ملكه وان لم يقصد به الصيد لا يملكه كذا في الظهيرية هندية

المادة ١٢٩٧ = ✻ الصيد لمن امسكه مثلا اذا رمى شخص صيداً ففر بجرح لا يقدر على الخلاص معه صار مالكاً له لكن اذا كان

جرحه خفيفا بصورة يتخلص معه فلا يكون مالكاً له فبرمي آخر اياه او بمسكه بصورة اخرى يكون مالكاً له و كذا لو رمى شخص صيداً و بعد ان اوقعه نهض هارباً فبأخذ آخر اياه يستملكه ✻

رجل رمى سهماً الى صيد فاصابه واثخنه بحيث لا يستطيع البراح ثم رماه آخر فقتله لا يحل اكله ، لأن السهم الاول لما اثخنه فقد اخرجه من ان يكون صيداً فلا يحل الا بذكاة الاختيار ويضمن الثاني للأول قيمته مجروحاً لانه صار ملكاً للأول وقد حرمه الثاني فيضمن قيمته . وان كان الصيد بعد ما اصابه السهم الاول يتحامل ويطير فرماه الثاني فقتله ، يكون للثاني ويحل اكله خانية ملخصاً وفي الهندية : نصب شبكة فتعقل بها صيد فجاء انسان واخذه قبل ان يتخلص ويطير فهو للاول ، لان سبب الملك انعقد في حق الاول ، لانه موضوع له ولم ينتقض السبب بعد — حتى لو اخذه الثاني بعد ما يتخلص وطار فهو للثاني لانه انتقض السبب قبل اخذ الثاني كذا في الكبرى . ولو كان صاحب الشبكة اخذه ثم انفلت منه ثم أخذه آخر فهو ملك للأول ، لانه ملكه بالاخذ — وانفلاته بمنزلة اباق العبد وشرود البعير وذلك لا يوجب زوال ملكه كذا في محيط السرخسي اه

المادة ١٢٩٨ — ✻ اذا رمى صيادان صيداً برصاصهما واصاباه يصير ذلك الصيد مشتركاً بينهما مناصفة ✻

هذا اذا رمياه معاً واصاباه معاً لاستوائهما في السبب اما لو رمياه معاً فاصابه احدهما قبل الآخر فاثخنه ثم اصابه الآخر او رماه احدهما ثم رماه الثاني قبل ان يصيبه الاول او بعد ما اصابه قبل ان يثخنه فاصابه الاول واثخنه او اثخنه ثم اصابه الثاني فقتله ، فهو للاول ويؤكل خلافاً لزفر . والكلب في هذا كالسهم

حتى يملكه باثخانه ولا يعتبر امساكه بدون الاثخان — حتى لو ارسل بازيه فامسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فارسل آخر بازيه فقتله فهو للثاني ويحل لان يد البازي الاول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك . ولو رمى سهما فاثخنه ثم رماه ثانياً فقتله حرم . ولو ارسل كلبين على صيد فضربه احدهما فوقذه ثم ضربه الآخر فقتله ، يؤكل كذا في رد المحتار وفي الزيلعي : ولو رمى سهما فاصاب سهما موضوعاً على حايط فدفعه ومضى السهم الثاني واصاب صيداً فقتله ، حل لان اندفاع السهم الثاني بواسطة الاول فاضيف الى راميه كانه رماه به ، ولو رمى سهما الى صيد ورمى رجل آخر الى ذلك الصيد او غيره فاصاب السهم الثاني السهمَ الاول وامضاه حتى اصاب الصيد وقتله جرحاً ، ينظر ان كان السهم الاول بحال يعلم انه لا يبلغ الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني ، لانه هو الآخذ له — حتى لو كان الثاني مجوسياً او محرماً لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه هو السابق في الاخذ لكن اذا كان الثاني مجوسياً او محرماً لا يحل استحساناً ، لانه اوجب زيادة قوة في السهم الاول فاوجبه الحرمة احتياطاً اه وتمامه فيه فليراجع

المادة ١٢٩٩ = ❊ اذا ارسل صيادان كلبيهما المعلمين واصابا صيداً فذلك الصيد بين صاحبيهما مشترك واذا امسك كل واحد منهما صيداً فما امسكه كل واحد منهما يكون لصاحبه وكذلك اذا ارسل اثنان كلبيهما المعلّمين فاوقع احدهما صيداً والثاني قتله فان كان الكلب الأول اوصله الى حالة لا يمكنه التخلص معها فذلك الصيد لصاحبه والاّ فهو للثاني ❊

ها هنا ثلاث مسايل الاولى ان يرسل الصيادان كلبيهما معاً ويصيد الكلبان الصيد معاً فالصيد بين صاحبيهما مناصفةً — كما لو رميا بالبندقة او الرصاص معاً

واصابا معاً على ما تقدم في المادة السابقة . المسئلة الثانية ان يرسل الصيادان كلبيهما معاً او متعاقباً فيمسك كل كلب صيداً على حدة فما امسكه كل كلب يكون لصاحبه خاصة وهذه ظاهرة . الثالثة ان يرسل كل واحد كلبه فيمسك احدهما الصيد ثم يقتله الآخر . والكلام على هذه المسئلة من وجهين الاول فيمن يملك الصيد من صاحبي الكلبين . وهذا بيّنته هذه المادة بأنه ان كان الكلب الذي امسكه قد اثخنه اي اوصله الى حالة لا يمكن التخلص معها — يعني اخرجه عن حيز الامتناع فالصيد لصاحبه لانه باخراجه عن حيز الامتناع ، خرج عن حالة الصيدية وصار ملكاً لصاحبه وان لم يثخنه — بان امسكه و بقي في حالة يمكنه التخلص معها فهو للثاني لانه بمجرد الامساك لم يخرجه عن حالة الصيدية لان يد الكلب ليست بيد حافظة لتقوم مقام يد صاحبه كما قدمناه في شرح المادة السابقة . الوجه الثاني في حل اكله . والحكم في هذا ان الكلب الذي قتله ان كان ارسله صاحبه قبل ان يثخنه الاول ، حل اكله لانه حين الارسال الثاني كان صيداً لقدرته على الامتناع فيكون قتله ذكاة له وان ارسله بعد ان اثخنه الاول لا يحل اكله ، لانه حالة القتل كان خارجاً عن حالة الصيدية فلا يحل الا بالذكاة الاختيارية وحينئذ يضمن الثاني للاول قيمته مجروحاً لان الاول ملكه باثخان كلبه اياه والثاني اتلفه عليه بارسال كلبه وقتله فيضمنه معيباً بالجراحة كذا في الملتقى وشرحه مجمع الانهر

وحاصل هذا كما في الزيلعي انه لاجل الحل يعتبر وقت الرمي والارسال لان الحل يحصل بفعل الصائد . وفعله هو الرمي والارسال ولاجل الملك يعتبر وقت الاثخان لان به يثبت الملك خلافاً لزفر فانه يعتبر وقت الاثخان مطلقاً وتمام تفصيلات المسئلة مبسوطة في الزيلعي فراجعه ان شئت .

المادة ١٣٠٠ — ﴿ في ساقية شخص او جدوله سمك لا يمسك من غير صيد فلآخر ان يستملكه بالصيد ﴾

وكذا له ان يأخذه اذا كان السمك يمسك من غير اصطياد لان الصيد

انما يملك بالاخذ وصاحب الجدول والساقية لم يأخذه لا حقيقةً ولا حكماً حيث لم تكن معدة للاصطياد فالتقييد بكون السمك لا يمسك من غير صيد اتفاقي — كما تنبيء عنه المادة الآتية وفي الخانية : رجل حفر في ارضه حفيرة ووقع فيه صيد فجاء رجل واخذه ، فان الصيد يكون للآخذ — وان كان صاحب الارض اتخذ تلك الحفيرة لاجل الصيد فهو احق بالصيد اهـ اي لانه ملكه بالاخذ الحكمي كما قدمناه في شرح المادة (١٢٩٦)

ثم رأيت في الهندية عازياً للمحيط ما نصه : قال في الاصل : ومن اصطاد سمكة من نهر جار لرجل لا يقدر على اخذ صيده فهو للذي اخذه وكذلك ان كانت اجمة لا يقدر على اخذ صيدها الا بالاصطياد فصاحب الاجمة ما صار محرزاً لما حصل فيها من السمك وانما المحرز الآخذ فان كان صاحب الاجمة احتال لذلك حتى اخرج الماء وبقي السمك فهو لصاحب الاجمة .

وذكر شمس الائمة الحلواني ان من مشايخنا من قال : ان اخرج الماء وليس قصده السمك فهو للآخذ وان نضب عنه الماء فان كان قصده اخذ السمك ينظر ان لم يمكن اخذه الا بصيد فهو للآخذ وان امكن اخذه من غير صيد فهو لصاحب الاجمة اهـ فتأمل .

المادة ١٣٠١ — ﴿ شخص هيأ محلاً في حافة الماء لاجل صيد السمك فجائه سمك كثير واخذ الماء بالقلة فان كان ذلك السمك يمسك من غير صيد فهو لذلك الشخص وان كان اخذ ذلك السمك محتاجاً الى الصيد لكثرة الماء في ذلك المحل فلا يكون السمك لذلك الشخص ويسوغ لآخر ان يستملكه بالصيد ﴾

وفي الهندية ولو ان صيداً باض بارض رجل او تكنس فيها وجاء آخر واخذه ، فهو له هذا اذا كان صاحب الارض بعيداً من الصيد بحيث لا يقدر على اخذه لو مدّ يده

اما اذا كان قريباً بحيث لو مدّ يده اخذه ، فهو لصاحب الارض ، كذا في الظهيرية : واذا حفر بئراً ولم يقصد به الاصطياد فوقع الصيد فيها فجاء آخر واخذه ان دنا صاحب البئر من الصيد بحيث لو مد يده يقدر على اخذه فهو لصاحب البئر كذا في المحيط اه

المادة ١٣٠٢ - ❊ اذا دخل صيدٌ دار انسان فاغلق بابه لاجل اخذه يصير مالكاً له لكن لا يصير مالكاً له اذا لم يحرزه باغلاق بابه فلو جاء آخر واخذه ملكه ❊

عبارة الهندية هكذا : وذكر في العيون: اذا دخل الصيد دار انسان واغلق صاحب الدار الباب عليه وصار بحيث يقدر على اخذه من غير صيد ، فان اغلق الباب لاجل الصيد ملكه ، وان اغلقه لامر آخر لا يملكه — حتى لو اخذه آخر ، كان لصاحب الدار في الوجه الاول . وفي الوجه الثاني ، يكون للآخذ

قال مشايخنا : وليس معنى قوله يقدر على اخذه من غير صيد ، انه لا يحتاج في اخذه الى المعالجة — وانما معناه انه يمكن اخذه بقليل المعالجة من غير نصب شبكة اه

وفيها عن الذخيرة وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى : لو دخل ظبي دار رجل او حائطه او دخل حمار وحش دار رجل او حائطه — فإن كان يؤخذ بغير صيد ، فهو لرب الدار . وكذلك الحظيرة للسمك وهذا الجواب يخالف جواب الاصل . وفي الاصل لو ارسل كلبه على صيد فاتبعه الكلب حتى ادخله في ارض رجل او داره كان لصاحب الكلب و كذا لو اشتد على صيد حتى اخرجه وادخله دار انسان ، فهو له لانه لما اخرجه واضطره فقد اخذه بيده اه

وفيها عن الظهيرية وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى في رجل اصطاد طائراً في دار رجل فان اتفقا على انه على اصل الاباحة فهو للصياد سواء اصطاده من الهواء او من الشجر — وان اختلفا فقال رب الدار اصطدت قبلك وانكر الصياد ذلك فان كان اخذه من الهواء ، فهو له وان كان اخذه من جدار داره اوشجره

فالقول قول صاحب الدار وان اختلفا في اخذه من الهواء او الجدار فالقول قول صاحب الدار اهـ

المادة ١٣٠٣ - ✱ اذا وضع شخص في محل شيئاً ما كالشرك والشبكة لاجل الصيد فوقع فيه صيد فهو لذلك الشخص لكن اذا نشر شخص شبكة لاجل جفافها ووقع فيه صيد فلا يكون له كما لو لو وقع صيد في حفرة في اراضي شخص فانه يجوز لآخر ان يستملكه بالاخذ لكن اذا حفر صاحب الاراضي تلك الحفرة لاجل الصيد فانه يصير به احق من سائر الناس راجع المادة (١٢٥٠) ✱

حيث صرحت بان كون الاحراز مقروناً بالقصد ، لازم — لكن قدمنا في شرح المادة (١٢٩٦) ان ما هو موضوع لان يصطاد به كالشبكة ، لا يحتاج فيه الى قصد الاصطياد ، بل يكفي فيه ان لا يقصد شيئاً — نعم يحتاج فيه الى ان لا يقصد بوضعه شيئاً آخر كان يضع الشبكة لاجل الجفاف فارجع اليه . هذا وذكر في الهندية عن الظهيرية ما نصه : وفي المنتقى : نصبَ حبالة فوقع فيها صيد فاضطرب وقطعها وانفلت فجاء آخر واخذ الصيد ، فالصيد للآخذ ولو جاء صاحب الحبالة ليأخذه فلما دنا منه بحيث يقدر على اخذه ان شاء ، اضطرب حتى انفلت فأخذه آخر فهو لصاحب الحبالة . وكذا صيد الكلب والبازي على هذا التفصيل ، والحبالة خيط مستدير يتعقل به رأس الصيد او رجله اهـ .

ويقال مثله فيما اذا وقع الصيد في حفرة ارض رجل كما تقدم عن الهندية في شرح المادة (١٣٠١) وعليه فلا بد من تقييد قوله فانه يجوز لآخر ان يستملكه الخ ، بما اذا لم يدن منه صاحب الشرك او الشبكة بحيث يمكنه اخذه والا فلا يجوز له الاستملاك لانه صار ملك صاحب الشبكة حيث اخذه حكماً فاحفظه .

المادة ١٣٠٤ — ✻ اذا اتخذ حيوان وحشي عشاً في بستان شخص وباض فيه فلا يكون ملكاً له فاذا جاء آخر واخذ بيضه او افراخه فليس لصاحب البستان ان يسترد ذلك منه لكن اذا هيأ صاحب البستان بستانه لاجل ان يبيض فيه او يفرخ ذلك الحيوان الوحشي فجاء وباض وافرخ فيه فبيضه وافراخه له ✻

والظاهر ان نفس الحيوان الوحشي المذكور اذا صار بحال يقدر على مسكه واخذه ، يكون له ايضاً كما لا يخفى — ثم ان قوله فليس لصاحب البستان ان يسترده لا بد من تقييده بما اذا كان صاحب البستان بعيداً — اما لو كان قريباً منه بحيث يقدر على اخذ البيض او الافراخ فقد ملكه . ولو اخذه آخر بعد ذلك يسترده منه كما قدمنا التصريح به عن الهندية في شرح المادة ١٣٠١

المادة ١٣٠٥ — ✻ شخص اتخذ في بستانه محلاً للنحل فعسلها له لانه معدود من منافع بستانه لا يجوز لاحد ان يتعرض له لكن يلزمه اعطاء عشره الى بيت المال ✻

الظاهر ان هذه الترجمة خطاء وصوابها شخص اتخذ النحل في بستانه محلاً فعسلها له الخ لان عبارة التاتارخانية هكذا : اذا اتخذ النحل موضعاً في ارض انسان فحصل منه عسل كثير فهو لصاحب الارض وفيه العشر وليس لاحد عليه سبيل اه ومثله في الخلاصة وغيرها .

وفي الهندية وفي المنتقى : روى ابن رشيد عن محمد رحمه الله تعالى : نحل اتخذت كوارات في ارض رجل فخرج منها عسل كثير ، كان ذلك لصاحب الارض ولا

سبيل لاحد على اخذه قال : ولا يشبه هذا الصيد وبيضه واشار الى معنى الفرق فقال انه يجيء ويذهب والبيض يصير طايراً ويطير وانما يشبه الطير في هذا النحل نفسها ولو اخذ النحل احد كانت له - واما العسل فلم يكن صيداً ولا يصير صيداً قط . وفيه ايضاً عن ابي يوسف رحمه الله تعالى اذا وضع رجل كوارات النحل فتعسلت فهو لصاحب الكوارات كذا في الذخيرة اه

المادة ١٣٠٦ - ✻ النحل المجتمعة في كوارة شخص يعد مالاً محرزاً وعسلها ايضاً مال ذلك الشخص ✻

فلا يجوز حينئذ ان ياخذ احد ذلك النحل او بعضه لانه بعد اجتماعه في كوارة ذلك الشخص صار ملكاً له محرزاً - بخلاف ما اذا عسل في بستان شخص ولم يدخل في كوارته فانما يكون العسل حينئذ ملكه والنحل صيد فهو لمن اخذه . والظاهر ان دخول النحل في ملك صاحب الكوارة ، مشروط بان يكون قد هيأها للاصطياد او بان يكون قريباً منها بحيث يقدر على الاستيلاء عليه ليحصل الاحراز الحكمي كما تقدم مراراً في نظائره فتدبره .

المادة ١٣٠٧ - ✻ اذا طردت النحل من كوارة احد الى دار آخر واخذها صاحب الدار فلصاحب الكوارة ان يستردها ✻

ذكر في الفتاوى الانقروية في كتاب اللقطة معزياً للحاوي الزاهدي : ارتحل النحل من كوارة صاحبه الى كوارة غيره فهو للمالك لانه لا يكون بمعنى الصيد وكذا لو خرج ولد نحله ودخل في كوارة غيره او طار في الهواء فاتبعه آخر فاوقعه على شجرة او وقع بغير صنعة على شيء فاخذه فهو للمالك اه .

- الباب الخامس -

﴿ في بيان النفقات المشتركة ويشتمل على فصلين ﴾

« الفصل الاول في بيان تعميرات الاموال المشتركة »
(وسائر مصارفها)

المادة ١٣٠٨ - ﴿ الملك المشترك متى احتاج الى التعمير والترميم يعمره اصحابه بالاشتراك على قدر حصصهم ﴾

لان الغرم بالغنم كما تقدم في المادة (٨٧) لان الغرامة التي لتحصين الاملاك تقسم على قدر الاملاك كما تقدم في المادة (١١٥٢) - هذا ونقل العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية عن فتاوى الشيخ اسماعيل ما نصه :

سئل في نهر يسقي بساتين وقرى انهدم جانب منه واحتاج الى التعمير فاجاب : تعميره على اربابه جميعاً على حسب حقوقهم من اعلاه اه — ثم قال لكن ينبغي ان يقال من اسفله بدل قوله من اعلاه لان من كان من جهة اعلى النهر قبل موضع الانهدام لا يحتاج الى التعمير — بخلاف من كان من جهة اسفله الى موضع الانهدام فان الانهدام ينقص عليهم الماء فهم المحتاجون الى تعميره اه

اقول : مراده بقوله من اعلاه ان يكون الانهدام في اعلى النهر قبل جميع اراضي المشتركين ليكون الجميع محتاجين الى تعميره والا لو كان الانهدام من اسفله لم يصح جوابه بان تعميره على اربابه جميعاً فتدبر وسيأتي الكلام على مؤنة كري النهر المشترك وتعميره في الفصل الثاني

المادة ١٣٠٩ - ﴿ اذا عمر احد الشريكين الملك المشترك باذن

الآخر وصرف من ماله قدراً معروفاً فله الرجوع بحصة شريكه يعني يأخذ من شريكه مقدار ما اصاب حصته من الصرف ✻

وان لم يقل اصرف عليّ او لترجع عليّ كما في كفالة الحامدية و٣٤ من جامع الفصولين . ولو اختلفا في قدر النفقة هل يصدق المأمور بيمينه او لا بد له من بينة ذكر في وكالة الخيرية معزياً للتتارخانية تفصيلاً بين ان يكون الانفاق والصرف من مال الآمر فيكون القول للمأمور بيمينه في مقدار ما صرف وذلك بان يدفع له مالاً ليصرفه او يأمره باجارة المحل المشترك وصرف باجرته في عمارته او يحوله على آخر بدين للآمر عليه فيقبضه ويصرفه ، وبين ان يكون ما صرفه من مال نفسه ويريد الرجوع به على الآمر فلا يقبل قوله في ذلك الا ببينة ، لانه في الصورة الاولى امين ينكر الضمان ويدعي الخروج عن عهدة الامانة . والقول قول الامين باليمين — الصورة الثانية يدعي الدين على الآمر والآمر ينكر . والبينة على المدعي واليمين على المنكر اه ملخصاً

المادة ١٣١٠ — ✻ اذا احتاج الملك المشترك الى التعمير واحد الشريكين غائب واراد الآخر التعمير فانه يستأذن الحاكم ويصير اذن الحاكم قائماً مقام اذن الغائب صاحب الحصة يعني ان تعمير صاحب الحصة الحاضر الملك المشترك باذن الحاكم في حكم اخذه الاذن من شريكه الغائب فيرجع عليه بحصته من المصرف ✻

اقول قدمنا في شرح المادة (١١٩٢) عن جامع الفصولين ان القاضي انما يكون له ولاية الآمر بالانفاق في موضع له ولاية جبر الشريك الغائب عليه لو كان حاضراً وانه اذا كان لا يجبره حاضراً فلا يأمر غيره بالبناء عليه . وعليه فلا بد من حمل

هذه المادة على ما اذا كان الملك المشترك لا يقبل القسمة - كالحمام والطاحون والحائط والدار الصغيرة ، لان ما يقبلها لا يجبر الشريك فيها على البناء - بل على القسمة بطلب الآخر او يحمل على ما اذا كان انهدام الملك المشترك بفعل الشريك الحاضر - حتى يكون مجبوراً على بنائه كما قالوا في السفل اذا هدمه صاحبه فلصاحب العلو جبره على بنائه ، لتعديه بالهدم ولو انهدم بنفسه لا يجبر على البناء - ولكن لصاحب العلو ان يبنيه ويحبس عن صاحبه حتى يدفع له قيمة البناء يوم بني - الا اذا بني باذنه او اذن القاضي ، فحتي يدفع له ما صرفه واذا كان لا يجبر فلا يملك القاضي الاذن للشريك الحاضر بالبناء عليه .

ثم اذا كان محل هذه المادة ما ذكرنا فانما يحتاج لاذنه او اذن القاضي لاجل ان يرجع عليه اذا حضر بحصته من المصروف على البناء بالغاً ما بلغ اذ لو عمر بلا اذن منه او من القاضي فليس له الا حبس ما بناه عن الشريك حتى يدفع له قيمة ما بناه يوم بني . وهذا اذا لم يبنه بانقاضه المشتركة والا كان متبرعاً فليس له الحبس ولا الرجوع بشيء هذا ما تحرر لنا في شرح المادة المذكورة آنفاً فراجعه وسيأتي بعضه في المواد الآتية فتأمل

المادة ١٣١١ = ☼ اذا عمر شخص الملك المشترك بدون اذن من الشريك او من الحاكم يكون متبرعاً يعني ليس له ان يرجع على شريكه بمقدار ما اصاب حصته من المصروف سواء كان ذلك الملك المشترك قابل القسمة او لم يكن ☼

ثم اذا كان قابلاً للقسمة ، فليس له الرجوع بشيء - كما اذا كان غير قابل للقسمة وقد عمره بانقاضه المشتركة كما قدمناه قريبا في شرح المادة السابقة - وان كان غير قابل للقسمة فله ، حبسه عن الشريك حتى يدفع له قيمة بنائه حين بنى لا حين الرجوع كما ستصرح به المادة ١٣١٣ . وتسمية الشريك متبرعاً في الصورة

الاخيرة ، لكونه لم يرجع بما انفقه فلا ينافي ان له الحبس حتى يقبض قيمة بنائه اي ما خص شريكه الغائب منها فافهم ٠

☼ تنبيه ☼

ذكر في الدر وحواشيه انه لو دفع احد الشريكين خراج الارض المشتركة بدون اذن الآخر يكون متبرعاً بخلاف الاكار اذا دفع الخراج بدون اذن صاحب الارض فان له ان يرجع عليه — وكذا المستأجر اذا اخذت منه الجباية الراتبة على الدور والحوانيت يرجع على المؤجر اه ٠

المادة ١٣١٢ — ☼ اذا طلب شخص تعمير الملك المشترك القابل للقسمة وكان شريكه ممتنعاً وعمره بدون اذنه يكون متبرعاً يعني لا يسوغ له الرجوع على شريكه بحصته وان كان ذلك الشخص قد راجع الحاكم عند امتناع شريكه فبناء على المادة ٢٥ لا يجبر على التعمير لكن يجبر على القسمة وذلك الشخص بعد القسمة يفعل بحصته ما يشاء ☼

يعني ان المادة ٢٥ وهي الضرر لا يزال بمثله ، تقتضي عدم جبر الممتنع على البناء لانا لو اجبرناه لكان ضرره بالاجبار عليه ، كضرر الآخر بامتناعه عنه ٠ والضرر لا يزال بمثله بخلاف اجباره على القسمة فانه لا ضرر فيها على احد — وحيث كان يجبر على القسمة فلا يكون الشريك الطالب للتعمير مضطراً لتعمير الشريك ، اذ يمكنه الانتفاع بحصته بان يعمرها بعد القسمة فاذا عمر المشترك وهو غير مضطر للتعمير ، يكون متبرعاً فيما انفقه بلا اذن الشريك فلا يرجع عليه بحصته مما انفقه ولا بحصته من قيمة البناء — نعم له رفع ماله عنين باقية ان لم يضر رفعه بالبناء على ما تقدم بيانه في البناء في الارض المغصوبة ٠ وهذا بخلاف ما اذا كان الملك

المشترك غير قابل للقسمة كما ذكره بقوله ٠

المادة ١٣١٣ = ✻ الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام اذا احتاج الى العمارة وطلب احد الشريكين تعميره وابى الآخر يصرف عليه قدراً معروفاً باذن الحاكم ويعمره ويكون مقدار ما اصاب حصة شريكه من المصارف التعميرية ديناً له عليه وله ان يستوفي دينه هذا من اجرته بايجار ذلك المحل المشترك وان عمر بغير اذن الحاكم فلا ينظر الى مقدار ما صرف ولكن له ان يستوفي المقدار الذي اصاب حصة شريكه من قيمة البناء وقت التعمير على الوجه المشروح ✻

يعني انه ينظر الى قيمة ما بناه يوم بنى فما خص حصة شريكه الغائب منها يستوفيه من اجرتها ٠ وعبارة الانقروي من ضمانات الفضلية هكذا : وفي الاجناس حمام بينهما عاب قدره او حوضه او شيء منه - فابى احدهما ان ينفق عليه يؤمر الآخر الذي يريد عمارته بان يصلح ذلك ويرجع في حصة شريكه من الغلة بنصف القيمة قال القاضي الامام يمنع الآبي من الانتفاع حتى يؤدي حصته كذا قيل ٠ والفتوى على هذا القول اه ٠ وماذكر في هذه المادة موافق لما في الاجناس كما ترى ولما في الدر عن الاشباه ونقله في جامع الفصولين عن فتاوى الفضلي حيث قال : طاحونة لهما انفق احدهما في مرمتها بلا اذن الآخر لم يكن متبرعاً اذ لا يتوصل الى الانتفاع بنصيبه الا به اه ٠ ومثله في الانقروية وواقعات المفتين عن منية المفتي ٠ وعلله في هامش الانقروية معزياً للكافي بان المتبرع من يقصد الاحسان الى الغير من غير ان يقصد دفع الضرر عن نفسه اصلا ولا شك ان المنفق يقصد بهذا الانفاق دفع الضرر عن نفسه اه ٠ وبه افتى في الخيرية — لكنه مخالف لما حققه العلامة

ابن عابدين في رد المحتار حيث قال ما ملخصه ان هذا الحكم وهو الرجوع بما انفق لو باذن القاضي وبنصف قيمة البناء لو بلا اذنه ، انما هو فيما لا يجبر الممتنع على اعماره كالحايط المشترك والسفل اذا انهدم وعمره ذوالعلو من ماله اما فيما يجبر عليه مثل ما لا يقسم كالحمام والطاحون فلا بد فيه عند امتناع الشريك من اذن القاضي ، لما تقرر من ان المضطر للانفاق اذا انفق بلا اذن الاخر فان كان الاخر الممتنع يجبر على الفعل معه فهو متطوع لتمكنه من رفعه الى القاضي ليجبره وان لم يجبر الممتنع لا يكون متطوعاً الى ان قال : والذي تحصل في هذا المحل ان الشريك اذا لم يضطر الى العمارة مع شريكه بان امكنه القسمة فانفق بلا اذنه فهو متبرع وان اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلا بد من اذنه او امر القاضي ليرجع بما انفق والا فهو متبرع وان اضطر وكان شريكه لا يجبر فان انفق باذنه او بامر القاضي رجع بما انفق والا فبالقيمة فاغتنم تحرير هذا المقام الذي هو مزلة اقدام الافهام اه . ما في رد المحتار وقد نظم ما حرره تسهيلاً لحفظه فقال

وان يعمر الشريك المشترك	بدون اذن للرجوع ما ملك
ان لم يكن لذاك مضطراً بان	امكنه قسمة ذلك السكن
اما اذا اضطر لذا وكان من	ابى على التعمير يجبر فان
باذنه او اذن قاض يرجع	وفعله بدون ذا تبرع
ثم اذا اضطر ولا جبر كما	في السفل والجدار يرجع بما
انفقه ان كان بالاذن بنى	لذا والا فبقيمة البنا اه

قلت صريح كلام الفصولين ان جبر الشريك الممتنع على عمارة ما لا يحتمل القسمة كالحمام والطاحون فيه خلاف فانه قال اولاً برمز الواقعات : رحى ماء بينهما في بيت لهما فخربت كلها حتى صارت صحراء ، لم يجبرا على العمارة وتقسم الارض بينهما ولو قائمة ببنائها وادواتها — الا انه ذهب شيء منها ، يجبر الشريك على ان يعمر مع الآخر . ولو معسراً قيل لشريكه انفق انت لو شئت فيكون نصفه ديناً على شريكك — كذا الحمام لو تلف شيء منه يجبر الآبي على عمارته . ثم رمز الى النوازل وقال : عن محمد رحمه الله تعالى : في حمام بينهما انهدم منه او احتاج الى قدر ومرمة وابى احدهما ، لا يجبر ، ويقال للآخر ان شئت فابنه انت وخذ من غلته نفقتك ثم

تستويان اه . فلعل ما في المجلة تبعاً للسراجية على ما نقله عنها في الدر وكذا الاجناس والفضلي والمنية والاشباه وغيرها مخرج على القول بعدم جبر الشريك هذا ويظهر لي في المسئلة وجه آخر وهو ان معنى قولهم يكون الباني بلا اذن القاضي متبرعاً فيما يجري فيه الجبر على التعمير ، انه ليس له الرجوع بما انفق ، وذلك لان البناء لم يصر ملكاً للشريك حيث كان بلا اذنه بل هو باق على ملك بانيه فهو نظير من بنى في ارض غيره بلا اذنه — الا ان هذا غير مضطر الى البناء فيؤمر بقلعه وفي مسئلتنا مضطر له دفعاً للضرر عن نفسه فلا يؤمر بقلعه — لكن للشريك ان يتملك حصته من البناء بقيمتها فاذا دفع قيمتها دخلت في ملكه وحينئذ فلا منافاة بين كون الباني متبرعاً وبين كونه له حبس ما بناه حتى يقبض نصف قيمته من الشريك الممتنع يرشد الى ما قلنا ما سمعت من تعليل الكافي — وكذا مسئلة الحائط المنهدم فان كلمتهم قد اتفقت على ان عرصته لو كان لا تحتمل القسمة وعمره احدهما بدون اذن الآخر ولا اذن القاضي ، له منع الممتنع من الانتفاع به حتى يدفع له نصف القيمة مع انه يجبر الآبي على تعميره اتفاقاً اذا كانت عرصته لا تحتمل القسمة وان احتملتها يجبر على الاشبه كما في جامع الفصولين واقره في رد المحتار

ويؤخذ ما قلناه مما ذكره في جامع الفصولين — من ان ذا العلو اذا بنى السفل بلا آذن القاضي يكون البناء ملك الباني لبنائه بغير الامر كغاصب — الا ان الغاصب متعد بالبناء فلم يجز له منع رب الارض من الانتفاع بملكه وذو العلو محق بالبناء ، لانه مضطر اليه لاحياء حقه فله المنع منه . ثم اذا دفع اليه قيمة بنائه ملك البناء ، وانما جاز له تملك البناء على الباني بلا رضاه ، لانه ليس له نقض هذا البناء ، لما ان الباني غير متعد فيه اه فمثل هذا يقال في مسئلتنا .

فقد تحصل لنا من هذا ان الشريك اذا لم يضطر الى العمارة مع شريكه — بان امكنه القسمة فانفق بلا اذنه ، فهو متبرع وما بناه يؤمر بقلعه ان لم يضر وان اضطر وكان شريكه يجبر على العمل معه — فان بنى باذنه او اذن القاضي كان له الرجوع بما خص شريكه من النفقة وكان البناء ملك شريكه الممتنع — وان لم يكن باذن من احدهما ، كان متبرعاً بما انفقه فلا يرجع بما انفق على حصة الشريك وكان البناء ملك الباني ولا يؤمر بقلعه لعدم تعديه لانه مضطر لاحياء حقه وله

منع الشريك من الانتفاع بحصته — حتى يتملك حصته من البناء ويدفع قيمتها للباني . ومثل هذا في الحكم ما لو اضطر وكان شريكه لا يجبر فانه ايضاً ان انفق باذنه او باذن القاضي رجع بما انفق والا فبالقيمة هذا ما ظهر لي في هذا المقام وبه تندفع الشكوك والاوهام وتثبت اقدام الافهام وقد غيرت بيته الرابع وابدلت ثم بكذا من بيته الخامس وزدت قبل الخامس بيتاً ليوافق ما قررته حيث مشت عليه المجلة .

فقل باذنه او اذن قاض رجعا ... ينفق اذ لم يكن تبرعا

اما بلا اذن له الحبس الى ... ان يقبض القيمة ممن قال لا

كذا اذا اضطر ولا جبر الخ

المادة ١٣١٤ = ✻ اذا تهدم بالكلية الملك المشترك الذي هو غير قابل للقسمة كالطاحون والحمام وصار عرصة وطلب احد اصحابه بنائه وامتنع الآخر تقسم العرصة ولا يجبر على البناء ✻

فلو بنى احدهما بدون اذن الآخر يكون متبرعاً ، لانه حيث أمكن قسمة العرصة لم يكن مضطراً كما تقدم واستظهر الشارح اللبناني معزياً الى رد المحتار ان عرصة الحمام او الطاحون انما يجبر فيها الممتنع على القسمة اذا امكن اعادة كل حصة منها حماماً او طاحوناً والا فالجبر لا يجري في قسمتها اه ملخصاً بالمعنى .

وقد راجعت رد المحتار فلم ار فيه ما نقله عنه لا في كتاب الشركة ولا في كتاب القسمة مع ان فيه نظراً ظاهراً وهو ان عرصة الحمام بعد انهدامه لم تبق حماماً حتى يشترط في قسمتها عدم تبدل المنفعة المقصودة وليست المنفعة المقصودة من العرصة الخالية من البناء ان تكون حماماً او طاحوناً ولهذا فرقوا بين ان ينهدم شيء من الحمام كقدره او حوضه فلا تجري فيه قسمة الجبر — حتى يجبر الممتنع على ترميمه ، وبين ان ينهدم كله حتى يصير عرصة صحراء فلا يجبر الممتنع فيه على اعادته لامكان قسمته جبراً ولو كان الامر كما استظهر لما كان فرق بين

الحالتين فافهم .

المادة ١٣١٥ - ✱ اذا تهدمت الابنية التي فوقانيها لواحد وتحتانيها لآخر اواحترقت فكل واحد يعمر ابنيته كما في السابق ليس لاحدهما ان يمنع الآخر ويقول صاحب الفوقاني لصاحب التحتاني عمر ابنيتك لاركب انا ابنيتي عليها فان امتنع صاحب التحتاني يستأذن صاحب الفوقاني الحاكم وينشئ الابنية التحتية والفوقانيه ويمنع صاحب التحتاني من التصرف حتى يعطيه حصة مصرفه ✱

ولو بنى بلا استئذان من الحاكم ، فحتى يعطيه قيمة بنائه يوم بنى — كما في الحايط المشترك المنهدم كما تقدم نقله عن جامع الفصولين في شرح المادة ١٣١٣ . وفي رد المحتار من القسمة عن الذخيرة : اذا انهدم السفل بغير صنع ، لا يجبر صاحبه على البناء ويقال لذي العلو ان شئت فابن السفل من مالك لتصل انفعك فاذا بناه باذن القاضي او امر شريكه رجع بما انفق والا فبقيمة البناء . وهذا هو الصحيح المختار للفتوى فيمنع صاحب السفل من الانتفاع حتى يأخذ ذلك منه جبراً واما اذا هدمه بصنعه فانه يؤاخذ بالبناء لفوته حقاً استحق وليصل صاحب العلو لنفعه اه .

والظاهر ان المراد من قوله في هذه المادة ليس لاحدهما ان يمنع الآخر انه ليس لاحدهما ان يكون مانعاً للآخر من الوصول الى حقه المتعلق بملك صاحبه — يعني ليس لصاحب العلو ان يمتنع من بناء العلو ، لانه يكون مانعاً من وصول صاحب السفل الى حقه في العلو وهو ستر سفله من الشمس وتحفظه من المطر وليس لصاحب السفل ان يمتنع عن بناء سفله لانه يكون مانعاً من وصول صاحب العلو الى حقه المتعلق بالسفل وهو حق البناء والقرار عليه فتكون هذه الجملة مقررة لما مر التصريح به في المادة ١١٩٢ ولو لم يكن هذا هو المراد لكانت هذه الجملة لغواً

بالنسبة الى منع صاحب الفوقاني لصاحب التحتاني ، لان منعه اياه عن البناء غير معقول وقايلة الجدوى بالنسبة الى منع صاحب التحتاني لصاحب الفوقاني لان هذا الحكم ظاهر لا يحتاج الى التنبيه عليه فتبصر

هذا وقدمنا في شرح المادة المذكوره ان الخير الرملي في حاشيته على الفصولين اخذ من قولهم اذن القاضي كاذن الشريك ان صاحب السفل لو ترك الانتفاع بسفله وامتنع من اداء ما انفقه صاحب العلو في عمارة السفل ، يجبر على ادائه ويحبس فيه لانه حيث كان اذن القاضي كاذنه بنفسه يصير ديناً عليه فحكمه حكم سائر الديون وان ما صرح به جامع الفصولين من انه لا يجبر على ادائه ، محمول على ما اذا بنى بلا اذن القاضي ونظرنا فيه بان الممتنع عن البناء اذا كان لا يجبر على البناء فكيف يجبر على دفع نفقته .

وقد صرح في جامع الفصولين ان القاضي له ولاية الامر بالانفاق في موضع له ولاية الجبر لو حاضراً وانه اذا كان لا يجبره حاضراً فلا يامر غيره بالبناء عليه وحررنا ان المراد بقولهم اذن القاضي كاذنه بنفسه انه مثله من حيث الحبس ليقبض ما انفقه لا القيمة ، لا من حيث انه يجبر على دفع ما انفقه ويحبس عليه وايدنا ذلك بما لا مزيد عليه فراجعه ان شئت فافهم .

المادة ١٣١٦ - ✻ اذا تهدم حايط بين جارين وكان عليه حمولة لهما كقصر او روءس جذوع وعمر احدهما عند امتناع الآخر فله منع شريكه من وضع حمولته على ذلك الحايط حتى يوءديه نصف مصرفه ✻

هذه المسئلة ذكر فيها في جامع الفصولين تفصيلاً طويلاً وقد لخصه في رد المحتار اخر كتاب الشركة فقال انه اي الحايط المشترك المنهدم — اما ان يكون عليه حمولة او لا ففي الثاني ان طلب احدهما القسمة وابى الآخر فقيل لا يجبر مطلقاً اذ ربما يخرج في قرعة كل منهما ما يلي دار شريكه فلا ينتفع به وقيل يجبر لو عرصته عريضة ،

وبه يفتى اي ويجعل نصيب كل منهما مما يلي داره بلا قرعة تتميماً للمنفعة وان طلب احدهما البناء لا القسمة فلو عريضة لا يجبر الآبي ولو غير عريضة — قيل لا يجبر ايضاً وقيل يجبر وهو الاشبه وان بنى احدهما قيل لا يرجع مطلقاً وقيل لا يرجع لو عريضة لانه غير مضطر فيه · وفي الاول وهو ما اذا كان عليه حمولة فاما ان تكون الحمولة لهما او لاحدهما — فان كانت لهما — فان طلب احدهما قسمة عرصة الحايط لا يجبر الآخر ولو عريضة اذ لكل منهما حق في كامل العرصة وهو وضع الجذوع على جميع الحايط وان طلب احدهما البناء ، قيل لا يجبر الآبي لو عريضة وقيل مطلقاً وقيل يجبر مطلقاً · وبه يفتى ، اذ في عدم الجبر تعطيل حق شريكه وهو وضع الجذوع على جميع الحائط ولو بنى بلا اذن قيل لو عريضة لا يرجع وقيل يرجع وهو الصحيح لانه مضطر — كما لو كانت غير عريضة لكن مر ان الفتوى على ان شريكه يجبر على البناء ولا اضطرار فيما يجبر عليه فينبغي ان يفتي بانه متبرع · وان كانت الحمولة لاحدهما وطلب صاحبها القسمة يجبر الآبي — لو عريضة وهو الصحيح وبه يفتي · ولو اراد ذو الحموله البناء وابى الاخر فالصحيح انه يجبر ولو بنى ، فالصحيح انه يرجع لما انه مضطر ولو بناه الاخر والعرصة عريضة فهو متبرع اهمع زيادة قليلة من الفصولين لاجل الايضاح · وقوله فينبغي ان يفتي الخ بحث من صاحب جامع الفصولين فلا يعارض المنقول المصحح فتنبه ·

وبما ذكرنا تعلم ان في جبر الآبي على البناء — اذا كانت عرصة الحايط لا تحتمل القسمة ، خلافاً وان الاشبه الجبر فما في الحامدية من ان الممتنع يجبر على البناء وان الباني بلا اذن لا يكون متبرعاً لكونه مضطراً الخ ، ليس مما انفرد بذكره في الحامدية بل هو الاشبه على ما نقله في جامع الفصولين كما علمت — واما ما قاله في جامع الفصولين من انه لا اضطرار مع الجبر لا يعارض المنقول المصحح في المذهب فافهم والله اعلم ·

المادة ١٣١٧ — ✻ اذا تهدم حايط بين دارين فصار يرى من

احدى الدارين مقر نساء الاخرى واراد صاحب احدى الدارين تعمير الحائط مشتركاً وامتنع صاحب الاخرى فلا يجبر لكن يجبر من طرف الحاكم على اتخاذ سترة بينهما بالاشتراك من دف او شيء غيره ✻

والظاهر ان هذا محمول على ما اذا كانت عرصة الحائط عريضة بحيث اذا قسمت يصيب كل حصة ما يمكن البناء فيه وطالب التعمير طلب تعميره مشتركاً ولم يطلب قسمته فان الممتنع عن التعمير حينئذٍ لا يجبر عليه لكن يجبر على اتخاذ السترة وتخرج النفقة من كل منهما بحسب حصته كما في الحامدية عن العمادية ، لان الاطلاع على عورات الجار من الضرر الفاحش كما تقدم اما اذا كانت عرصته لا تحتمل القسمة على الوجه المشروح فان الممتنع يجبر على التعمير على ما هو الاشبه كما قدمناه في شرح المادة السابقة عن جامع الفصولين . وفي الخانية في باب في الحيطان والطريق ومجاري المياه آخر كتاب الصلح ما نصه : جدار بين دارين انهدم ولاحدهما بنات ونسوة فاراد صاحب العيال ان يبنيه وابى الاخر قال بعضهم لا يجبر الآبي وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى في زماننا يجبر ، لانه لا بد ان يكون بينهما سترة قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي ان يكون الجواب على التفصيل — ان كان اصل الجدار يحتمل القسمة ويمكن لكل واحد منهما ان يبني في نصيبه سترة لا يجبر الآبي على البناء وان كان اصل الحائط لا يحتمل القسمة على هذا الوجه يومر الآبي بالبناء اه وبهذا افتى في الحامدية .

المادة ١٣١٨ — ✻ اذا حصل للحائط المشترك بين جارين وهن وخيف من سقوطه واراد احدهما نقضه وامتنع الاخر فيجبر على النقض والهدم بالاشتراك ✻

وهل يجبر على اعادته بالاشتراك مع شريكه ان كان اس الحائط عريضاً يمكن

قسمته على الوجه المشروح في شرح المادة السابقة لا يجبر والا اجبر بخلاف ما اذا كان صحيحاً فهدماه فان الممتنع عن البناء يجبر عليه — كيفما كان اسه ففي الباب العاشر في دعوى الحايط من كتاب الدعوي من الهندية ما نصه : وفي الاقضية حايط مشترك بين اثنين اراد احدهما نقض الحايط وابى الآخر — اذا كان بحال لا يخاف منه السقوط ، لا يجبر وان كان بحيث يخاف — عن الامام ابي بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى ، انه يجبر فان هدماه واراد احدهما ان يبني وابى الآخر — ان كان اس الحايط عريضاً يمكنه ان يبني حائطاً في نصيبه بعد القسمة لا يجبر الشريك — وان كان لا يمكن يجبر وعليه الفتوى . وتفسير الجبر انه ان لم يوافقه الشريك فهو ينفق في العمارة ويرجع على الشريك بنصف ما انفق ان كان اس الحايط لا يقبل القسمة اه .

وفي الخانية : جدار بين رجلين لكل واحد منهما عليه حمولة فوهن الحايط فاراد احدهما ان يرفعه ليصلحه وابى الآخر ، ينبغي لمن اراد ان يرفعه ان يقول لصاحبه ارفع حمولتك باسطوانات وعمد ويخبره انه يريد رفعه في وقت كذا ويشهد على ذلك - فان فعل ذلك ثم رفع الجدار فسقطت حمولته لاضمان عليه . وعن الشيخ الامام ابي القاسم رحمه الله تعالى : جدار بين رجلين لاحدهما عليه حمولة وليس للآخر عليه شيء فمال الجدار الى الذي لا حمولة له عليه فاشهد عليه ولم يرفعه مع امكان الرفع بعد الاشهاد حتى انهدم وافسد شيئاً قال : اذا ثبت الاشهاد وكان مخوفاً وقت الاشهاد يضمن المشهود عليه نصف قيمة ما افسد بسقوطه اذ تمكن من رفعه بعد الاشهاد اه .

المادة ١٣١٩ — ✱ اذا احتاج العقار المشترك بين صغير بن او وقفين الى التعمير وكان ابقاؤه على حاله مضراً واحد الوصيين او احد المتوليين يطلب التعمير والآخر يمتنع يجبر على التعمير مثلاً اذا كان بين داري صغير بن حايط مشترك خيف من سقوطه ووصي

أحدهما يطلب التعمير ووصي الآخر يأبى يرسل من طرف الحاكم امين وينظر ان كان في ترك هذا الحايط على حاله ضرر معلوم في حق الصغيرين فيجبر الآبي على تعمير ذلك الحايط مشتركاً مع وصي الآخر من مال الصغيرين كذلك اذا كانت دار مشتركة بين وقفين احتاجت الى التعمير وطلب احد المتوليين التعمير وأبى الآخر يجبر من طرف الحاكم على التعمير من مال الوقف ❊

نقل هذه المسئلة في شتى قضاء البحر عن وصايا الخانية في جدار بين داري صغيرين بزيادة قوله : وليس هذا كاباء احد المالكين لان ثمة الآبي رضي بدخول الضرر عليه فلا يجبر — اما هنا الوصي اراد ادخال الضرر على الصغير فيجبر ان يرم مع صاحبه اه . ثم قال في البحر : قلت ويجب ان يكون الوقف كمال اليتيم فاذا كانت الدار مشتركة بين وقفين احتاجت الى المرمة فارادها احد الناظرين وابى الآخر يجبر على التعمير من مال الوقف وقد صارت حادثة الفتوى اه .

قال في شركة رد المحتار بعد نقلها قلت بقي لو كانت الشركة بين بالغ ويتيم وينبغي انه لو كان الضرر على البالغ لا يجبر وصي اليتيم — بخلاف العكس وكذا لو بين يتيمين والضرر على احدهما بان كانت حمولة الجدار له فينبغي ان يجبر وصي المتضرر لو امتنع وكذا يقال في الوقف مع الملك تامل اه .

اقول : قول الخانية وليس هذا كأباء احد المالكين الخ — وكذا تمثيل البحر بالدار المشتركة بين الوقفين ، افاد ان احد الوصيين يجبر على تعمير ما وهن او تهدم من مالهما المشترك وان كان في صورة لا يجبر فيها الممتنع ، لو كان الشريكان كبيرين — كما في الدار والحايط المشترك اذا كانت عرصته عريضة تمكن قسمتها على الوجه المار ولا حمولة عليه لاحد فأن ابى الآبي لا يجبر فيهما على التعمير لو كان الشريكان كبيرين — بخلاف ما لو كانا صغيرين فان وصي أحدهما اذا امتنع يجبر على البناء من مال الصغير — وهذا لان في ترك الوصي بناء ما وهن او تهدم

من مال الصغير ، ادخال ضرر عليه وهذا لا يجوز في حق الوصي — بخلاف الكبير فإنه لا يجب عليه ازالة الضرر عن نفسه . وعن هذا افتى الخير الرملي كما ذكره في حاشيته على الفصولين من الفصل ٣٦ في علو لوقف وسفل لوقف آخر انهدم السفل ، بانه يجبر الناظر على وقف السفل اذا امتنع من العمارة ، لما في البحر ناقلاً عن الخصاف : اذا امتنع الناظر من العمارة وله غلة اجبر عليها فإن فعل فبها ونعمت والا ، اخرجه القاضي من يده اه . ملخصاً مع انه لو كان صاحب السفل كبيراً لا يجبر على بنائه كما تقدم وعبارة الدر : ولا يجبر الشريك على العمارة الا في ثلاث وصي وناظر وضرورة تعذر قسمة — ككري نهر ومرمة قناة وبئر ودولاب وسفينة معيبة وحائط لا يقسم اساسه — فإن كان يحتمل القسمة ويبني كل واحد في نصيبه السترة ، لا يجبر والا اجبر — وكذا كل ما لا يقسم كحمام وخان وطاحون اه

والحاصل انه متى تحقق انهدام المشترك بين صغيرين او صغير وكبير او بين وقفين او وقف ومالك او علم وهنه او خوف سقوطه يجبر الوصي او الناظر اذا امتنعا عن بنائه — بلا فرق بين ان يكون الحايط عليه حمولة للوقف والصغير او للشريك الآخر او لا حمولة عليه لاحد — وان كان بحيث لو كان مشتركاً بين كبيرين لا يجبر الآبي .

وبهذا تعلم ان ما نقلناه عن رد المحتار من قوله ، قلت بقي ما لو كانت الشركة بين بالغ ويتيم الخ ، فيه ما فيه — وكيف يصح قوله بقي ما لو كان كذا وينبغي ان يكون كذا وعبارة الدر صريحة بان الوصي او الناظر يجبر على عمارة ما تهدم من مال اليتيم او الوقف كيفما كانت الشركة فاغتنم تحرير هذا المقام وادع لي بحسن الختام

المادة ١٣٢٠ — ﴿ اذا كان حيوان مشترك بين اثنين وأبى احدهما عن تربيته وراجع الآخر الحاكم يأمر الحاكم الآبي بقوله اما ان تبيع حصتك واما ان تربي الحيوان مشتركاً ﴾

عبارة التنوير مع شرحه الدر آخر كتاب النفقات دابة مشتركة بين اثنين امتنع احدهما من الانفاق اجبره القاضي لئلا يتضرر شريكه اه قال في حاشية رد المحتار — اي اجبره على الانفاق عليها وهذا ذكره في المحيط وذكر الخصاف ان القاضي يقول للآبي اما ان تبيع نصيبك او تنفق عليها رعاية لجانب الشريك اه قال في البحر وعلم مما في الغاية ان الامر في البيع معناه بيع القاضي عليه . وفي شرح الاقطع ما ذكر من البيع ، ينبغي ان يكون على قولهما لانهما يريان البيع على الحر لاجل حق الغير — فاما ابو حنيفة فانه لا يرى جواز البيع على الحر — ولكنه يحبسه حتى يبيعه اذا استحق عليه البيع اه وانت تعلم ان المجلة اخذت بقولهما بجواز البيع على الحر كما تقدم في الحجر

اذا علمت هذا تعلم انه لا حاجة الى ما ذكره اللبناني نقلاً عن رد المحتار من انه لو امتنع الآبي عن كلا الامرين فالظاهر ان الحاكم يأذن للآخر بان ينفق على الحيوان و يرجع على شريكه بحصته من النفقة اه على انه قد نقل في نفقات البحر عن الخانية والخلاصة ان الدابة الضالة اذا وجدها رجل وعبد الوديعة اذا غاب احد الشريكين فيه فجاء الواجد او المودع او الشريك الى القاضي وطلب منه ان يأمره بالنفقة فالقاضي ينظر في ذلك ان خاف ان تأكله النفقة امره القاضي بالبيع وامساك الثمن والا امره بأن يوجر العبد وينفق عليه من اجرته وان الحكم داير مع الاصلحية فتأمل . وهذا في الدابة المشتركة واما الدابة التي لا شركة فيها فان مالكها ، لا يجبر على الانفاق عليها قضاء لان الدابة ليست من اهل الاستحقاق بخلاف العبد — ولكن يأمره القاضي ديانة اما بالبيع واما بالانفاق لا قضاء على ظاهر المذهب وعن الثاني يجبر ورجحه الطحاوي والكمال وبه قالت الايمة تنوير وشرحه الدر قال الكمال في فتح القدير : والحق ما عليه الجماعة لان غاية ما فيه ان يتصور فيه دعوى حسبة فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه واقره في البحر والنهر والمنح رد المحتار -

﴿ الفصل الثاني ﴾

ــ في حق كري الأنهار والمجاري واصلاحها ــ

المادة ١٣٢١ - ﴿ كري النهر الذي هو غير مملوك واصلاحه على بيت المال فان لم يكن وسعة في بيت المال يجبر الناس على كريه ﴾

اي يجبرهم الامام لانه نصب ناظراً وفي تركه ضرر عظيم على الناس وقلما يتفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفي نظيره قال عمر رضي الله عنه لو تركتم لبعتم اولادكم الا انه يخرج من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذي لا يطيقونه بانفسهم كما في تجهيز الجيوش زيلعي

المادة ١٣٢٢ - ﴿ كري النهر المملوك المشترك على اصحابه يعني على من له حق الشرب لا يشاركهم في مؤنة الكري والاصطلاح اصحاب حق الشفة ﴾

لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم زيلعي ولان المؤنة تلحق المالك لا من له الحق بطريق الاباحة بزازية ولانهم لا يحصون لانهم اهل الدنيا جميعاً اتقاني كذا في رد المختار

المادة ١٣٢٣ - ﴿ طلب بعض اصحاب حق الشرب تطهير النهر المشترك وابى البعض ينظر ان كان النهر عاماً يجبر الآبي على الكري مع

البقية بالاشتراك راجع المادة ٢٦ وان كان النهر خاصاً فالطالبون يكرون ذلك النهر باذن الحاكم ويمنعون الممتنع عن الانتفاع بالنهر حتى يؤدي مقدار ما اصاب حصته من المصروف ✹

اعلم ان من ابى من اصحاب النهر المملوك من كريه يجبر عليه سواء كان عاماً او خاصاً وقيل ان كان خاصاً لا يجبر والفاصل بين الخاص والعام ان ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وقد تقدم بيان ذلك في كتاب الشفعة فارجع اليه ٠

ووجه الفرق بينهما على القول بانه لا يجبر في الخاص ان في العام دفع الضرر العام وهذا ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جايز بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين مدفعاً فبدون الضرر اولى لان الآبي لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فامكن اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصاً ، لانه ليس فيه ضرر عام وانما فيه ضرر خاص وهو ضرر شركائه والضرر الخاص لا يزال بالضرر العام راجع المادتين ٢٥ و ٢٦ ويمكن دفع ضرر شركائه بأن يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بأمر القاضي — بخلاف ما اذا كان عاماً لانه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدرى حصة كل واحد منهم افاده الزيلعي ٠ وظاهره ترجيح القول بالجبر في الخاص ايضاً لانه عبر عن مقابله بقيل وفي رد المحتار : قال القهستاني في العام لو امتنع عنه كلهم او بعضهم يجبرون وفي الخاص لو امتنع الكل لا يجبرون الا عند بعض المتأخرين ولو امتنع البعض اجبر على الصحيح — كما في الخزانة اه ٠

اذا علمت هذا تعلم ان التفرقة بين العام والخاص في هذه المادة ، ليس من جهة ان الممتنع يجبر في العام ولا يجبر في الخاص بل من جهة انه لا سبيل في العام الا حبس الممتنع حتى يكري معهم بخلاف الخاص فان الممتنع عن كريه اذا تعنت بأمر القاضي طالب الكري ان يكري و يرجع عليه بما خصه من المؤنة لان هذا ممكن في الخاص دون العام كما سمعت آنفاً وعليه فلا يستفاد منها ان الآبي في الخاص لا يجبر على

الكري بل المستفاد منها عكسه" وهو انه يجبر كما في الصحيح كما تقدم آنفاً ، لأن فيها تقييد رجوع طالب الكري ان يكري باذن الحاكم — ولو كان لا يجبر لكان له الرجوع مطلقاً ، لانه مضطر للانفاق — بخلاف ما اذا كان يجبر ، لانه لا اضطرار مع الاجبار كما في جامع الفصولين اذ يمكنه الرفع للحاكم ليجبره كما تقدم في نظائره . هذا وذكر في رد المحتار ما نصه : وفيها يعني الذخيرة وان لم يرفعوا الأمر الى القاضي هل يرجعون على الآبي بقسطه من النفقة ويمنع الآبي من شربه حتى يؤدي ما عليه — قيل نعم وقيل لا وذكر في عيون المسائل ان الأول قول ابي ح وابي يوسف فليتأمل عند الفتوى اه ملخصاً ومثله في التتارخانية والبزازية . وظاهره ان لا ترجيح لأحد القولين فلذا خيّروا المفتي لكن مفهوم كلام الشارح يعني العلائي كالهداية والتبيين وغيرهما ترجيح عدم الرجوع بلا امر القاضي . ثم هذا كله مبني على القول بأنه لا يجبر الآبي فانهم فرعوه عليه وقدمنا تصحيح الجبر اه ما في رد المحتار

اقول قوله ثم هذا كله مبني الخ ، فيه نظر — بل الصواب ان القول بالرجوع بلا اذن القاضي ، مبني على القول بأن الممتنع عن الكري لا يجبر والقول بعدم الرجوع الا باذنه ، مبني على القول بانه يجبر اذ قد علمت ان الجبر هو الصحيح وانه في الدر والهداية والتبيين وغيرها رجحوا عدم الرجوع بلا امر القاضي وهذا هو الموافق للضابط الذي ذكره في شركة الدر وفي متفرقات قضاء البحر عن الامام الحلواني — وهو ان كل من اجبر ان يفعل من شريكه اذا فعله احدهما بلا اذن فهو متطوع والا لا اه — واما قوله : فانهم فرعوه عليه ، يعني على القول بانه لا يجبر ، فغير مسلَّم اذ لم يفرع عليه احد — نعم عبارة الدر في كتاب الشرب تحتمل ذلك احتمالاً وتحتمل ايضاً ان يكون التفريع فيها على المتن وهو قوله ويجبر من ابى منهم على ذلك — يعني على الكري فاغتنم هذا التحرير

المادة ١٣٢٤ — ✻ اذا امتنع كافة اصحاب حق الشرب من كري النهر المشترك فان كان النهر عاماً يجبرون على الكري وان خاصاً

لم يجبروا ✻

لانهم امتنعوا عن عمارة اراضيهم ولا يجبر الانسان على عمارة ملكه — بخلاف ما اذا امتنع البعض وطلب كريه الباقون فالصحيح انه يجبر كما قدمناه في شرح المادة السابقة عن القهستاني معزياً للخزانة واذا تعنت يؤمر الطالب بكريه والرجوع على الممتنع بحصته من النفقة كما تقدم في المادة السابقة

المادة ١٣٢٥ = ✻ النهر العام مملوكاً او غير مملوك اذا كان في حافة ارض لاحد وليس من غيرها طريق فللعامة المرور من تلك الارض لاجل الاحتياجات كشرب الماء واصلاح النهر وليس لصاحبها المنع ✻

كذا في الخانية من كتاب الشرب في فصل الانهار ومثله في الهندية في الباب الثالث من كتاب الشرب

المادة ١٣٢٦ = ✻ مؤنة كري النهر المشترك واصلاحه يبتدأ من الاعلى وجملة ارباب الحصص متشاركون في ذلك واذا جاوزوا ارضاً لصاحب حصة برئ وهكذا ينزل الى آخره لان الغرم بالغنم راجع المادة ٨٧ مثلاً نهر مشترك بين عشرة احتاج الى الكري فمصارف اعلى حصته الى نهاية اراضيها على الجميع وبعده على التسعة واذا جاوز اراضي الثاني فيقسم على الثمانية بعده على هذا السياق يذهب

فصاحب الحصة السفلي يشارك الجميع في المصرف وبعده يقوم بمصارف حصته وحده فمن هذه الجهة يصير مصرف صاحب الحصة العليا اقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة السفلى اكثر منهم لان مجرى مائه من الاول الى الآخر ❊

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى وقالا موءنة الكري عليهم جميعاً من اول النهر الى آخره بالحصص ، لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل من الماء فانه اذا سد عليه فاض الماء على ارضه وافسد زرعه فتبين ان كل واحد منهم ينتفع بالنهر من اوله الى آخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة فاذا استووا في الغنم وجب ان يستووا في الغرم . وله ان موءنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الاراضي منهم فاذا جاوز الكري ارض رجل ، فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شيء من موءنته وبانتفاعه في اسفل من حيث اجراء ما فضل من الماء فيه ، لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء - الا ترى ان من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع الضرر عن ارضه بسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري من الاسفل ، وزعم بعض اصحابنا ان الكري اذا انتهى الى فوهة ارضه من النهر فليس عليه شيء من الموءنة والاصح ان عليه موءنة الكري الى ان يجاوز حد ارضه والى اشار في الاصل لان له ان يتخذ الفوهة من اي موضع شاء من ارضه فكان منتفعاً بالكري انتفاع سقي الارض ما لم يجاوز حد ارضه كذا في الزيلعي .

قلت : وقد اشارت هذه المادة الى هذا بقولها : الى نهاية اراضيها الخ ، وفي الحامدية عن التتارخانية : وعلى هذا الاختلاف اذا احتاجوا الى اصلاح جانبي النهر اه . ونقل في رد المحتار عن القهستاني : ان هذا في النهر الخاص ، اما العام فقد يرىء اذا بلغوا فم نهر قريتهم اه . ولم يظهر لي وجهه مع ان ما ذكره الزيلعي من

التعليل يقتضي الاطلاق فتأمل - ثم رأيته في الحامدية نقل عن شيخ الاسلام ما نصه : ولو كان نهراً عظيماً عليه قرى يشربون منه فبلغوا بالكري فوهة نهر قرية قال في النوادر : يرفع عنه موءنة الكري اجماعاً وعلى قياس النهر الخاص ينبغي ان لا يرفع حتى يجاوز اراضي قريتهم اه ·

المادة ١٣٢٧ — ✱ موءنة تعزيل السياق المالح يبتدأ من الاسفل هكذا الجميع يشتركون في مصرف حصة السياق الكائن في عرصة صاحب الحصة السفلى و كلما تجاوز منه الى ما فوقه يبرأ صاحب الحصة وهكذا يبرأون واحداً بعد واحد وصاحب الحصة العليا يقوم بحصته وحده فمن هذه الجهة يكون مصرف صاحب الحصة السفلى اقل من الجميع ومصرف صاحب الحصة العليا اكثر منهم لان مجرى قذره من الاول الى الآخر ✱

يعني ان نهر المساقط والاوساخ الذي يسقط فيه فائض الماء والكثيف الخارجة من الدور والازقة كما في دمشق اذا احتاج الى الكري ، يكون على عكس نهر الشرب فكلما وصلوا في الكري من اعلاه الى دار رجل ، شارك من قبله كما افتى به في الحامدية وغيرها ، لان حاجة كل واحد ، الى تسييل اوساخه من داره الى آخر النهر ولا حاجة له الى ما قبل داره - فمن في الاعلى اكثرهم غرامة لاحتياجه الى جميع النهر ودونه فيها ، من بعده الى الآخر فهو اقلهم غرامة بعكس نهر الشرب ·

وحاصل الفرق ان صاحب الشرب محتاج الى كري ما قبل ارضه ليصله الماء وصاحب الاوساخ محتاج الى ما بعد ارضه ليذهب وسخه كذا في رد المحتار · وافتى في الحامدية ايضاً فيما اذا كان لاهالي محلة مساقط على نهر مختص بجماعة

فاحتاج الى التعزيل لكثرة ما اجتمع فيه من اوساخ المساقيط ، بان مؤنة تعزيل الاوساخ من النهر المذكور على اصحاب المساقيط المذكورة دون اهل النهر دفعاً للضرر بقدر الامكان وانه اذا احدث بعض اهل المحلة مساقيط على النهر المذكور بدون اذن اهله يسوغ لاهله مطالبتهم بسدها عن نهرهم اه

المادة ١٣٢٨ — ✻ تعمير الطريق الخاص ايضاً كالسياق المار يبدأ من الاسفل ويعتبر فمه اي مدخله اسفل ومنتهاه اعلى وصاحب الحصة التي في مدخله يصير مشاركاً في المصارف التعميرية العائدة الى حصته وحدها وصاحب الحصة التي في منتهاه بعد مشاركة كل واحد في مصارف حصته يقوم هو بمصارف حصته وحده لان ممره من اول الطريق الى آخره بعكس كري النهر فان مجرى ماء الارض العليا لا يتجاوزها ✻

عبارة البزازية كما في رد المحتار : واما الطريق الخاص في سكة غير نافذة اذا احتيج الى اصلاحه ، فاصلاح اوله عليهم اجماعاً فاذا فارقوا دار رجل قيل انه على الخلاف في النهر وقيل يرفع يعني المصرف عن الرجل اجماعاً اه والظاهر ان الرجل المذكور يشاركهم الى ان تنتهي حيطان داره لا الى باب داره فقط هذا ما يقتضيه قول البزازية : فاذا فارقوا دار رجل حيث لم يقل باب داره وقياسه على النهر يقتضي ذلك ايضاً كما تقدم كما في شرح المادة (١٣٢٦) تأمل

- الباب السادس -

﴿ في بيان شركة العقد ويشتمل على ستة فصول ﴾

- الفصل الاول -

﴿ في بيان شركة العقد وتقسيمها ﴾

المادة ١٣٢٩ - ﴿ شركة العقد عبارة عن عقد شركة بين اثنين او اكثر على كون رأس المال والربح مشتركاً بينهما او بينهم ﴾

اضافة الشركة الى العقد من اضافة المسبب الى سببه كما في الدر لان الشركة معناها الخلط اي خلط المالين وهو مسبب عن العقد ، وقد تطلق على نفس العقد فتكون الاضافة بيانية وهو المذكور في الفتح .

المادة ١٣٣٠ - ﴿ ركن شركة العقد الايجاب والقبول لفظاً او معنى مثلاً اذا قال شخص لآخر شاركتك بقدر كذا غرشاً رأس مال على ان تأخذ وتعطي وقال الآخر قبلت فتكون الشركة منعقدة بالايجاب والقبول لفظاً واذا اعطى شخص الف غرش الى الآخر قايلاً ضع انت الف غرش واشترِ مالاً وفعل الآخر مثل ما قال تصير الشركة منعقدة بقبوله معنى ﴾

اشار في التمثيل بقوله على ان تأخذ وتعطي الى ان الشركة تصح بهذا اللفظ ، وان لم يبين جنس ما يكون به الاخذ والعطاء ونوعه وقدره — كما اذا نصا على البيع والشراء كما في الهندية — اما اذا ذكر الشراء فقط ففيها عن البدائع : ان قال رجل لغيره ما اشتريت من شيء فبيني وبينك او قال فبيننا وقال الآخر نعم — فان ارادا بذلك ان يكونا بمنى شريكي التجارة كان شركة — حتى يصح من غير بيان جنس المشترى او نوعه او قدر الثمن كما اذا نصا على الشراء والبيع — وان ارادا به ان يكون المشترى بينهما خاصة بعينه ولا يكونا كشريكي التجارة — بل يكون المشترى بينهما بعينه كما اذا ورثا او وهب لهما ، كان وكالة لا شركة فإن وجد شرط صحة الوكالة جازت الوكالة والا لا ، وهو بيان جنس المشترى وبيان نوعه ومقدار الثمن في الوكالة الخاصة وهي ان لا يفوض الموكل الرأي الى الوكيل او بيان الوقت او قدر الثمن او جنس المبيع في الوكالة العامة اه

قال في البحر وذكر محمد كيفية كتابتها فقال : هذا ما اشترك عليه فلان وفلان اشتركا على تقوى الله تعالى واداء الامانة — ثم يبين قدر رأس المال من كل منهما . ويقول : وذلك كله في ايديهما يشتريان ويبيعان جميعاً وشتى ويعمل كل منهما برأيه ويبيع بالنقد والنسيئة . وهذا وان ملكه كل بمطلق عقد الشركة — الا — ان بعض العلماء يقول لا يملكه واحد منهما الا بالتصريح به فللتحرز عنه يكتب هذا — ثم يقول فما كان من ربح فهو بينهما على قدر رؤس اموالهما وما كان من وضيعة او تبعة فكذلك اه .

المادة ١٣٣١ — ✱ شركة العقد تنقسم الى قسمين فاذا عقد اثنان او اكثر عقد الشركة بينهما او بينهم على المساواة التامة وكان مالهما او مالهم الذي ادخلاه في الشركة مما يصلح ان يكون رأس مال للشركة وكانت حصتهما متساوية من رأس المال والربح تكون الشركة مفاوضة كما لو توفي رجل فاتخذ اولاده مجموع اموال ما

انتقل اليهم من ابيهم رأس مال على ان يشتروا و يبيعوا من سائر الانواع و يقسم الربح بينهم على التساوي يكون عقد شركة مفاوضة لكن وقوع هكذا شركة على المساواة التامة نادر واذا اختل شرط من شروط المساواة التامة تكون شركة عنان *

المساواة التامة هي ان يتساويا في مالهما وتصرفهما ودينهما هندية ، لان المفاوضة تنبيء عن المساواة وهي مشتقة منها قال الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة اذا جهالهم سادوا

وبعد هذا البيت كما في الفتح

اذا تولى سراة الناس امرهمُ نمى على ذاك امر القوم وازدادوا

تهدى الامور بأهل الرأي ماصلحت فان تولت فبالجهال تنقاد

ومعنى البيت لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين اذا لم يكن لهم امراء سادات فانهم اذا كانوا متساوين تتحقق المنازعة بينهم ابو السعود

والمراد بالتساوي في المال ان يتساويا في رؤس الاموال في قدرها وقيمتها ، وان يتساويا ايضاً في الربح لا يفضل احدهما الآخر · والمراد من المال الذي تشترط المساواة فيه ، مال تصح فيه الشركة كالنقود كما سيأتي في المادة ١٣٣٨ وانما شرط في المفاوضة ان يتساويا في التصرف لان المساواة تفوت عند فوات المساوات في التصرف كالحر مع العبد والبالغ مع الصغير ، لان الحر البالغ يملك التصرف بنفسه وهما لا يملكانه — الا باذن الولي والمولى · وانما اشترط ان يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه يؤدي الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمراً او خنزيراً لا يقدر المسلم ان يبيعه · ومن شرطها ان يقدر على بيع جميع ما اشتراه شريكه ، لكونه وكيلاً له في البيع والشراء — وكذا المسلم لا يقدر على شرائها كما يقدر الكافر عليه نفات الشرط زيلعي · ثم ان انعقاد شركة المفاوضة في المثال الثاني المذكور في قوله كما لو توفي رجل الخ سواء صرحوا بلفظ المفاوضة

او لم يصرحوا ، انما يتم بشروط منها ان يكون الاولاد المتشاركون ذكوراً فقط او اناثاً فقط ليكونوا متساوين في قدر رأس المال . ومنها ان يكون ما ورثوه مما يصح ان يكون رأس مال للشركة كالنقود . ومنها ان لا يكون احدهم صغيراً او مجنوناً والا فات التساوي في التصرف . ومنها ان لا يكون لاحد منهم مال سوى الموروث يصح ان يكون رأس مال لشركة العقد وليس للآخرين مثله . ومنها التنصيص على ان يكون كل واحد منهم كفيلاً عن الآخرين في كما يلزمهم من عهدة ما يشترونه – كما انه وكيل عنهم هذا اذا لم ينصا على المفاوضة

والحاصل ان هذا المثال وان كان عادة يتوفر فيه كثير من شروط المفاوضة – الا انه لا بد من اعتبار ما ذكرنا لتتم المساواة والشروط ولهذا صرح في ردالمحتار والخيرية والحامدية ان ما يقع كثيراً في الفلاحين ونحوهم ان احدهم يموت فتقوم اولاده على تركته بلا قسمة ويعملون فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة كل ذلك على وجه الاطلاق والتفويض لكن بلا تصريح بلفظ المفاوضة ولا بيان جميع مقتضياتها – مع كون التركة اكثرها عروض لا تصح فيها شركة العقد فلا شك انها ليس شركة مفاوضة بل يكون ما جمعوه مشتركا بينهم بالسوية وان اختلفوا في العمل والرأي كثرة وصواباً . وما اشتراه احدهم لنفسه يكون له ويضمن حصة شركائه من ثمنه اذا دفعه من المال المشترك . وكل ما استدانه احدهم يطالب به وحده هذا ما حققه في رد المحتار والحامدية وكذا في الخيرية وسيأتي تمامه في شرح المادة ١٣٦١

المادة ١٣٣٢ = الشركة سواء كانت مفاوضة او عناناً اما شركة اموال واما شركة اعمال واما شركة وجوه فاذا عقد الشركاء الشركة على رأس مال معلوم من كل واحد مقدار معين على ان يعملوا جميعاً او كل على حدة او مطلقاً وما يحصل من الربح يقسم بينهم تكون شركة اموال واذا عقدوا الشركة وجعلوا رأس المال عملهم على تقبل

العمل يعني على تعهده والتزامه من آخر والكسب الحاصل اي الأجرة يقسم بينهم تكون شركة اعمال ويقال لها ايضاً شركة ابدان وشركة صنايع وشركة تقبل كشركة خياطين او خياط وصباغ واذا لم يكن لجماعة رأس مال وعقدوا الشركة على شراء سلع التجارة نسيئة وتقسيم ما يحصل بعد بيعها من الربح بينهم تكون شركة وجوه *

حاصله ان اقسام شركة العقد ستة شركة اموال وشركة اعمال وشركة وجوه وكل منها اما مفاوضة واما عنان . ثم ان في قوله فاذا عقد الشركاء الخ ، اشارة الى ان شركة التقبل كغيرها ، لا بد فيها من العقد — حتى لو تقبل ثلاثة عملاً بلا عقد شركة فعمله احدهم فله الاجر ولا شيء للآخرين . ولا بد ايضاً من ان يكون العقد على التقبل والعمل ، لما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الحمالين على ان يملأ احدهم الجوالق ويأخذ الثاني فمها ويحملها الثالث الى بيت المستأجر والأجر بينهم بالسوية ، فهي فاسدة اه . اي لانه لم يذكر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيداً على كل واحد بنوع منه — لكن لا يشترط كون التقبل منهما معاً لما في البحر ايضاً : لو اشتركا على ان يتقبل احدهما المتاع ويعمل الآخر او يتقبل احدهما ويقطعه ثم يدفعه للآخر للخياطة بالنصف ، جاز لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز فلو شرط على من عليه العمل ، ان لا يتقبل لا يجوز لانه عند السكوت جعل اثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي افاده في رد المحتار وتمامه فيه . وذكر فيه ايضاً عن النهر ان المشترك فيه في شركة التقبل انما هو العمل ، ولذا قالوا من صور هذه الشركة ان يجلس الرجل آخر على دكانه فيطرح عليه العمل بالنصف والقياس ان لا تجوز لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها ، لان التقبل من صاحب الحانوت عمل — ومنها ما في البحر عن البزازية : لاحدهما آلة القصارة وللآخر بيت اشتركا على ان يعملا في بيت هذا والكسب بينهما جاز وكذا سائر الصناعات ولو من احدهما اداة القصارة والعمل من الآخر

فسدت والربح للعامل وعليه أجر مثل الاداة اه . اي لما تقدم من ان المشترك فيه هو العمل ولا عمل من صاحب الاداة

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في بيان الشرائط العمومية في شركة العقد ﴾

المادة ١٣٣٣ — ﴿ كل قسم من شركة العقد يتضمن الوكالة فكل واحد من الشريكين في تصرفه يعني في الأخذ والبيع وتقبل العمل من الناس بالأجرة وكيل عن الآخر فكما ان العقل والتمييز شرط في الوكالة فكذلك كون الشريكين عاقلين ومميزين شرط في الشركة ايضاً على العموم ﴾

يعني ان كل صور عقود الشركة تتضمن الوكالة وذلك ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركاً بينهما فيتحقق حكم عقد الشركة المطلوب منه وهو الاشتراك في الربح اذ لو لم يكن كل منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف واصيلا في الآخر، لا يكون المستفاد مشتركاً لان المشتري مختص بمن اشتراه ولهذا لا تصح الشركة فيما لا تصح به الوكالة — كالاحتطاب والاحتشاش والاصطياد والتكدي فان الملك في كل ذلك يختص بمن باشر السبب فما حصله احدهما بدون عمل الآخر فله وما حصلاه معاً ثم خلطاه فلهما نصفين، ان لم يعلم ما لكل وان باعاه يقسم الثمن على كيل او وزن ما لكل منهما. وان لم يكن وزنياً ولا كيلياً قسم على قيمة ما لكل منهما وان لم يعرف مقدار ما كان لكل منهما، صدق كل واحد منهما الى النصف لانهما استويا في الاكتساب وكأن المكتسب في ايديهما — فالظاهر انه بينهما نصفان فلا يصدق على الزيادة على النصف — الا ببينة لانه يدعي خلاف الظاهر وما حصله

أحدهما باعانة صاحبه فله ولصاحبه اجر مثل عمله بالغا ما بلغ عند محمد . وعندابي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك . وقول محمد هوالمختار للفتوى اه من الدر وحواشيه قال الزيلعي : ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب ان لا تجوز هذه الشركة اي شركة العقد لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس — كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه ، لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصداً ويصح ضمناً — حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شيء مجهول في ضمن عقد المضاربة فكذا هذا او نقول الجهالة تفسد العقد لانها مفضية الى المنازعة لا لذاتها وهنا لا تفضي للمنازعة فتجوز اه

المادة ١٣٣٤ — ❊ شركة المفاوضة تتضمن الكفالة ايضاً فاهلية المتفاوضين للكفالة شرط ايضاً ❊

ولهذا اشترط فيها تساوي الشركاء في التصرف كما تقدم فيكون كل واحد من الشريكين فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل — وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل رد المحتار من الخانية وما تقدم في شرح المادة السابقة من ان الوكالة بمجهول غير صحيح ، يرد هنا بأن يقال جهالة المكفول له مفسدة للكفالة ويجاب عن ذلك بما اجاب به هناك فتذكره

المادة ١٣٣٥ — ❊ شركة العنان تتضمن الوكالة خاصة ولا تتضمن الكفالة فحين عقدها اذا لم تذكر الكفالة فكل واحد من الشركاء ليس بكفيل عن الآخر فيجوز للصبي المأذون عقد شركة العنان لكن اذا كانوا بالغين وذكرت الكفالة حين عقد الشركة يصير كل واحد من الشركاء كفيل الآخر ❊

ثم اذا كان باقي شروط المفاوضة متوفرة ، انعقدت مفاوضة وان لم تكن متوفرة كانت عناناً . ثم هل تبطل الكفالة يمكن ان يقال تبطل ، وان يقال لا تبطل لأن المعتبر فيها اي في العنان عدم اعتبار الكفالة لا اعتبار عدمها قال في الفتح وقد يرجح الاول بانها كفالة بمجهول فلا تصح الا ضمناً فاذا لم تكن مما تضمنها الشركة ، لم يكن ثبوتها الا قصداً اه نهر

قلت لكن في الخانية ولا يكون في شركة العنان كل واحد منهما كفيلاً عن صاحبه اذ لم يذكر الكفالة — بخلاف المفاوضة اه — ومقتضاه انه يكون كفيلا اذا ذكر الكفالة وهذا ترجيح للاحتمال الثاني ولعل وجهه ان الكفالة متى ذكرت في عقد الشركة تثبت تبعاً لها وضمناً لا قصداً لان الشركة لا تنافي الكفالة بل تستدعيها — لكنها لا تثبت فيها الا باقتضاء اللفظ لها كلفظ المفاوضة او بذكرها في العقد تأمل كذا في رد المحتار

اقول قدمنا في شرح المادة ١٣٣٣ عن الزيلعي ان الجهالة انما تفسد بها الكفالة القصدية اذا كانت مفضية للمنازعة والا فلا وهي غير مفضية لها في مسئلتنا كما تقدم . وبهذا يندفع توجيه صاحب الفتح للاحتمال الاول كما لا يخفى — على ان الاحتمال الثاني قد اقتضاه كلام الخانية فيكون نصاً في المسئلة لما علمت من ان مفاهيم الكتب حجة فلا يعارضه بحث الفتح ولهذا كان ظاهر هذه المادة جارياً عليه فتنبه .

واقول ايضاً هذا اذا ذكرت الكفالة بلفظها ولم تكن شروط المفاوضة متوفرة حين عقد الشركة كما هو موضوع مسئلتي الفتح وهذه المادة . والظاهر ان مثله ما اذا كانت متوفرة حتى انعقدت مفاوضة ثم انقلبت عناناً بطروء ما يبطل المفاوضة ويجعلها عناناً اذ لا فرق يظهر . بقي ما اذا انعقدت بلفظ المفاوضة بلا ذكر الكفالة سواء توفرت شروط المفاوضة ثم طرأ ما يبطلها ، او لم تتوفر حتى انعقدت عناناً . والظاهر ان الكفالة تبطل لانها تثبت ضمناً واقتضاء بلفظ المفاوضة فاذا بطلت هي بطل ما في ضمنها — كما قالوا في شركة العنان انها تتضمن الوكالة فاذا بطلت هي بطل ما في ضمنها من الوكالة — الا عند التصريح بالوكالة كما صرح به في متن التنوير ويشهد لما قلنا قول الخانية اذا لم يذكر الكفالة فانه ظاهر في

ان الشرط ذكر الكفالة بلفظها هذا ما ظهر لي فليحفظ . وقوله في هذه المادة فيجوز للصبي المأذون الخ – اي ولا يجوز له عقد شركة المفاوضة لانه يملك الوكالة دون الكفالة كما تقدم في المادة ٦٢٨ و ٦٢٩ .

المادة ١٣٣٦ – ﴿ بيان تقسيم الربح بين الشركاء شرط فاذا بقي مبهماً ومجهولاً تكون الشركة فاسدة ﴾

لان الربح هو المعقود عليه . وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد كما في مرآة المجلة عن قيد علي افندي للكفوري . واذا فسدت يكون الربح بقدر المال ولا عبرة بشرط الفضل كما في التنوير

المادة ١٣٣٧ = ﴿ كون حصص الربح التي تنقسم بين الشركاء كالنصف والثلث والربع جزءاً شايعاً شرط فاذا تقاول الشركاء على اعطاء احدهم كذا غرشاً مقطوعاً تكون الشركة باطلة ﴾

لان هذا شرط يوجب انقطاع الشركة في بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا القدر المسمّى لاحدهما – ونظيره في المزارعة اذا اشترطا لاحدهما قفزاناً مسمّاة بحر قال في رد المحتار : و بيان القطع ان اشتراط عشرة دراهم مثلاً من الربح لاحدهما يستلزم اشتراط جميع الربح له – على تقدير ان لا يظهر ربح الا العشرة والشركة تقتضي الاشتراك في الربح وذلك يقطعها فتخرج الى القرض او البضاعة كما في الفتح اه وحيث كانت علة الفساد هي القطع المذكور فلا يرد ان الشركة لا تبطل بالشرط الفاسد فكان ينبغي ان يبطل الشرط دونها افاده في رد المحتار وقد علمت انه اذا فسدت الشركة فالربح على قدر المال

الفصل الثالث

- في بيان الشرائط المخصوصة في شركة الاموال -

المادة ١٣٣٨ - ﴿ كون رأس المال من قبيل النقود شرط ﴾

لصحة شركة الاموال سواء كانت مفاوضة او عنانا فلا تجوز بالعروض والمكيل والموزون عندنا ، لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان، فما يستحقه احدهما من الزيادة في مال صاحبه ربح ما لم يملك وما لم يضمن - بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمن ما يشتريه ، في ذمته اذ هي لا تتعين فكان ربح ما ضمن ولان اول التصرف في العرض البيع وفي النقود الشراء وبيع احدهما ماله على ان يكون الآخر شريكا في ثمنه لا يجوز وشراء احدهما شيئاً على ان يكون المبيع بينه و بين غيره جائز بحر

المادة ١٣٣٩ - ﴿ المسكوكات النحاسية الرائجة معدودة من النقود عرفا ﴾

لانها تروج رواج الاثمان فالحقت بها . قيل هذا قول محمد - اما عند ابي حنيفة وابي يوسف ، لا تجوز الشركة والمضاربة بها لان ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة وتصير سلعة وروي عن ابي يوسف مثل قول محمد وهو اقيس واظهر والاصح انها جائزة بالفلوس عندهما ايضاً لانها اثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده كذا في البحر

المادة ١٣٤٠ - ﴿ غير المسكوك من الفضة والذهب ان جرى التعامل فيه بين الناس عرفاً وعادة فهو في حكم النقود والا ففي حكم العروض ﴾

لانها وان خلقت للتجارة في الاصل - لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص لان عند ذلك لا يصرف الى شيء آخر ظاهراً الا ان يجري التعامل باستعمالها ثمناً فينزل التعامل بمنزلة الضرب فتكون ثمناً وتصلح رأس المال واطلاق الكنز صحيحها بالتبر ، محمول على ما اذا جرى التعامل باستعماله بحر

المادة ١٣٤١ = ﴿ كون رأس المال عيناً شرط فلا يجوز ان يكون الدين يعني الذي في ذمم الناس رأس مال الشركة مثلا اذا كان لاثنين في ذمة آخر دين فلا يجوز ان يتخذ رأس مال وتعقد الشركة عليه وكذا اذا كان رأس مال احدهما عيناً ورأس مال الآخر ديناً فالشركة غير صحيحة ﴾

عبارة التنوير مع شرحه الدر ولا تصح بمال غايب او دين مفاوضة كانت او عناناً لتعذر المضي على موجب الشركة اه . اي من البيع والشراء بالمال والربح به رد المحتار ونقل في البحر عن البزازية مثل ما في التنوير . ثم قال واراد يعني البزازي ان حضور المال يشترط عند عقد الشراء به لا عند عقد الشركة مستدلا ا في البزازية ايضاً: اذا دفع لرجل الفاً وقال اخرج مثلها واشتر وبع والحاصل بيننا انصافاً فبرهن المأمور على انه فعل ذلك واحضر المال وقت الشراء جاز اه - فان هذا يفيد جوازها موقوفاً على احضار المال لكن نقل في البحر ايضاً

عن القنية ما يفيد انها تفسد بالافتراق عن مجلس العقد بلا دفع ثم تنعقد بالدفع حين الشراء وهذا الذي جزم به العلامة ابو السعود ونظر فيما ذكره في النهر تبعاً لاخيه صاحب البحر — من ان حضور المال انما يشترط عند الشراء به لا عند الشركة لان هذا الحمل يؤدي الى وقوع التنافي بين كلامي البزازي . والذي في الفتح يؤيد ما قاله صاحب البحر فانه قال : ولم يشترط يعني صاحب الهداية حضور المال وقت العقد وهو صحيح بل الشرط وجوده وقت الشراء ثم ذكر ما لو دفع الى رجل الفاً وقال اخرج مثلها الخ — على انه لم تظهر لي ثمرة تترتب على هذا النزاع لاتفاقهم انه ان حصل الدفع حين الشراء كانت الشركة صحيحة والا فهي فاسدة فتأمل .

ثم رأيت في الخانية اول كتاب الشركة : وشرط جوازها اي شركة الاموال بان يكون رأس المال حاضراً في المجلس او غائباً يحضره عند الشراء اه . وهو مؤيد لحمل صاحب البحر وموافق لما في الفتح منه .

✵ فرع ✵

دفع الى رجل الفاً وقال اشتر بها بيني وبينك نصفين والربح لنا والوضيعة علينا فهلك المال قبل الشراء لم يضمن وبعده ضمن المشتري النصف بحر عن الذخيرة

قلت ووجهه انه لما امره بالشراء نصفين صار مشترياً للنصف وكالة عن الآمر وللنصف اصالة عن نفسه وقد اوفى الثمن من مال الآمر فيضمن حصة نفسه . والظاهر ان هذه الشركة شركة ملك لا شركة عقد وليست مضاربة لما قلنا فتنبه لذلك فانه يقع كثيراً اه رد المحتار . اقول انظر ما نقلنا في شرح المادة ١٣٣٠ عن الهندية معزياً للبدائع

المادة ١٣٤٢ = ✵ لا يصح عقد الشركة على الاموال التي ليست معدودة من النقود كالعروض والعقار يعني لا يجوز ان تكون هذه رأس مال الشركة الا ان الشخصين اذا ارادا ان يتخذا المال الذي ليس من قبيل النقود رأس مال فكل واحد منهما يبيع نصف ماله

بنصف مال الآخر مثلاً وبعد حصول اشتراكهما يجوز لهما عقد الشركة على هذا المال المشترك كما لو كان لاثنين نوع مال من المثليات مثلا لكل واحد مقدار حنطة فخلطا احدهما بالآخر فبعد حصول شركة الملك يجوز لهما ان يتخذا هذا المال المخلوط رأس مال ويعقد عليه الشركة *

بيان للحيلة في صحة الشركة بالعروض فان فسادها بها ، ليس لذاتها — بل للازم الباطل من امرين احدهما لزوم ربح ما لم يضمن كما اوضحناه في شرح المادة ١٣٣٨ والثاني جهالة رأس مال كل منهما عند القسمة وكل منهما منتف في هذه الصورة فيكون كل ما يربحه الآخر ربح ما هو مضمون عليه ولا تحصل جهالة في رأس مال كل منهما عند القسمة — حتى يكون ذلك بالحزر والتخمين ، لانهما مستويان في المال شريكان فيه فبالضرورة يكون كل ما يحصل بينهما مناصفةً كذا في البحر

قال الزيلعي : وحمل بعضهم ما ذكر هنا من بيع نصف ما لكل منهما ، على ما اذا كانت قيمتهما على السواء واما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الأقل بقدر ما تثبت به الشركة — كما اذا كانت قيمة عرض احدهما اربعماية وقيمة عرض الآخر ماية يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المال كله بينهما اخماساً . وهذا الحمل غير محتاج اليه ، لانه يجوز ان يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما — حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت — بأن باع احدهما ربع ماله بثلاثة ارباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما ارباعاً فعلم بذلك ان قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقاً او قصداً ، ليكون شاملاً للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان . وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقاً لانه لو باعه بالدراهم ثم عقد الشركة في العرض الذي باع نصفه جاز ايضاً اه واقره في البحر وغيره

قال في رد المحتار : ولا يخفى ما فيه ان التصوير الذي ذكره البعض هو الواقع

عادة لأن صاحب الاربعماية مثلا لا يرضى في العادة ببيع نصف عرضه بنصف عرض الآخر صاحب الماية حتى يصير العرضان بينهما نصفين وان امكن ذلك — لكن مطلق الكلام يحمل على المتعارف اه

اقول قوله : ولا يخفي ما فيه ، لا يخفى ما فيه ، لان المسئلة مفروضة فيما اذا اراد رجلان عقد شركة مفاوضة او عنان على عرضيهما الموجودين فيبيع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر تصحيحاً لعقد الشركة غير ناظرين الى قيمتهما متساوية او متفاوتة — ولا بدع عادة في ان يتسامح صاحب الاكثر مع صاحب الأقل لمزية فيه — ككونه اعلم منه بأمر البيع والشراء ونحوهما . والزيلعي قد اشار الي ان ما صوره هذا البعض وان كان ممكناً في ذاته الا أنه لا تتصور معه الا عقد شركة العنان مع ان قول المتون : وصحت ان باع كل منهما نصف عرضه بنصف عرض الآخر ثم عقدا ، ضمير صحت فيها ، عائد الى شركة الاموال الشاملة للمفاوضة والعنان كما صرح به الشراح قاطبة

المادة ١٣٤٣ — ✻ اذا كان لواحد برذون ولآخر اكاف فاشتركا على ان يؤجراه وما حصل من اجرته يقسم بينهما فالشركة فاسدة والأجرة الحاصلة تكون لصاحب البرذون واما الاكاف فبسبب كونه تابعاً للبرذون لا يكون لصاحبه حصة من الأجرة لكنه يأخذ اجر مثل اكافه ✻

انما كانت الشركة فاسدة لانها بمنزلة الشركة بالعروض خانية وانظر ما سنكتبه في شرح المادة ١٣٩٧

المادة ١٣٤٤ — ✻ اذا كان لواحد دابة ولآخر امتعة وتشاركا

على تحميل الامتعة على الدابة وبيعها على ان ما حصل من الربح يكون بينهما مشتركا فالشركة فاسدة والربح الحاصل يكون لصاحب الامتعة وصاحب الدابة يأخذ اجر مثل دابته والدكان ايضاً مثل الدابة بأن كان لواحد دكان ولآخر امتعة فتشاركا على بيع الامتعة في الدكان على انما يحصل من الربح مشترك بينهما فالشركة فاسدة وربح الأمتعة يكون لصاحبها وصاحب الدكان يأخذ اجر مثل دكانه *

وكذا لو كان لرجل سفينة فاشترك مع اربعة على ان يعملوا بسفينته وآلاتها والخمس لصاحب السفينة والباقي بينهم بالسوية ، فهي فاسدة والحاصل لصاحب السفينة وعليه اجر مثلهم كما في رد المختار عن البحر . وانما فسدت في المسايل الثلاث ، لان رأس مال احدهما عرض ورأس مال الآخر منفعة فاذا فسدت الشركة كان الربح لصاحب الامتعة في الدابة والبيت لانه بدل ملكه ولصاحب السفينة في المسئلة الثالثة لانه ايضاً بدل منفعة ملكه ولصاحب الدابة والبيت والعملة في السفينة اجرة مثل الدابة والبيت والعمل لانهم لم يرضوا بمنافعهم بغير عوض افاده في الخانية وذكر في الهندية : لو دفع شبكة ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها . ولو ان قصاراً له اداة القصارين وقصاراً له بيت اشتركا على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب بينهما نصفان ، كان ذلك جائزاً — وكذا كل حرفة . ولو كان من احدهما اداة القصارين ومن الآخر العمل فاشتركا على هذا فالشركة فاسدة ويجب على العامل اجر مثل الاداة والربح للعامل اه

* فرع *

اعطى بذر الفيلق رجلا ليقوم عليه ويعلفه بالاوراق على ان ما حصل فهو بينهما فقام عليه ذلك الرجل حتى ادرك ، فالفيلق لصاحب البذر وللرجل الذي قام عليه قيمة الاوراق . واجر مثله على صاحب البذر . ولو كان من احدهما

البذر والاوراق ومن الآخر العمل ، فالفيلق لصاحب البذر وللعامل أجر مثل عمله — وكذلك لو كان العمل منهما . وانما يجوز لو كان البيض منهما والعمل عليهما او ان لم يعمل صاحب الاوراق لا يضره — وعلى هذا اذا دفع البقرة الى انسان بالعلف ليكون الحادث بينهما نصفين فما حدث ، فهو لصاحب البقرة ولذلك الرجل مثل العلف الذي علفها واجر مثله فيما قام عليها — وعلى هذا اذا دفع دجاجة الى رجل بالعلف ليكون البيض بينهما نصفين . والحيلة في ذلك ان يبيع نصف البقرة من ذلك الرجل ونصف الدجاجة ونصف بذر الفيلق بثمن معلوم حتى تصير البقرة واجناسها مشتركة بينهما فيكون الحادث منها على الشركة كذا في الهندية

= الفصل الرابع =

— في حق ضوابط تتعلق بشركة العقد —

المادة ١٣٤٥ — * العمل يكون متقوماً بالتقويم يعني ان العمل يتقوم بتعيين القيمة ومن الجايز ان يكون عمل شخص اكثر قيمة بالنسبة الى عمل شخص آخر مثلاً اذا كان شريكان شركة عنان ورأس مالهما متساوياً وكلاهما ايضاً مشروط عمله وشرط اعطاء احدهما حصة زائدة من الربح يكون الشرط جايزاً لانه يجوز ان يكون احدهما في الاخذ والعطاء امهر وعمله ازيد وانفع *

حتى لو شرطا اكثر الربح لادناهما عملاً لا تصح الشركة اتفاقاً هكذا ما يعطيه سياق هذه المادة وسياقها — كما لا تصح ايضاً لو شرطا العمل والحالة هذه على الذي حصته من الربح قليلة كما سيأتي التصريح به في المادة ١٣٧١ قال في

البحر عند قول الكنز وتصح مع التساوي في المال دون الربح وعكسه — يعني مع التفاضل في المال والتساوي في الربح ما نصه : وقد اطلق المصنف تبعاً للهداية جواز التفاضل في الربح مع التساوي في المال وقيده في التبيين وفتح القدير بأن يشترطا الاكثر للعامل منهما اولاكثرهما عملاً — اما ان شرطاه للقاعد او لاقلهما عملاً فلا يجوز اه وعبارة التبيين عند قول الكنز ما تقدم . ومعناه ان يشترطا الاكثر للعامل منهما او لأكثرهما عملاً فان شرطاه للقاعد او لاقلهما عملاً فلا يجوز اه ولم يحك في ذلك خلافاً كما ترى . وبهذا تعلم ان ما ذكره الشارح اللبناني هنا من انه لو شرطا اكثر الربح لادناهما عملاً صح على الصحيح ، خطأ محض وانما يكون ما ذكره صحيحاً لو لم يكن العمل مشروطاً على احد على ما سيأتي بيانه قريباً مع ان منطوق هذه المادة ان كلا الشريكين مشروط عمله وكأنه لم يفرق بين شركة الاموال وشركة الاعمال فان ما ذكره من الحكم والتعليل انما ذكروه في شركة الاعمال وهي شركة التقبل كما سيأتي بيانه في المادة الآتية وكذا في المادة ١٣٩١ — وذلك لأن رأس المال المعقود عليه الشركة المذكورة هو العمل دون المال وكلامنا هنا في شركة الاموال كما هو صريح هذه المادة فافهم . وهذا كله اذا صرحا اشتراط العمل عليهما كما هو منطوق هذه المادة او على احدهما اما اذا سكتا عن اشتراط العمل فاشتراط التفاضل بالربح مع التساوي بالمال . صحيح في جميع الاحوال وان تبرع احدهما بالعمل وحده قال في رد المحتار بعد ان ذكر ما قدمناه عن البحر والفتح والتبيين والنهر : قلت وحاصل ذلك كله انه اذا تفاضلا في الربح فان شرطا العمل عليهما سوية جاز ولو تبرع احدهما بالعمل — وكذا لو شرطا العمل على احدهما وكان الربح للعامل بقدر رأس ماله او اكثر ولو كان الاكثر لغير العامل او لاقلهما عملاً لا يصح وله ربح ماله فقط . وهذا اذا كان العمل مشروطاً كما يفيده قول صاحب النهر اذا شرطا العمل عليهما الخ — اما اذا لم يشرط على احد في عقد الشركة بل تبرع به احدهما فيجوز لصاحب الاقل مالاً ، ان يأخذ من الربح بقدر ما شرط من نصف او اكثر او اقل وان لم يكن عاملاً اه ملخصاً ثم قال وبقي ما يقع كثيراً وهو ان يدفع رجل الى آخر الفاً يقرضه نصفها و يشاركه على ذلك على ان الربح ثلثاه للدافع وثلثه للمستقرض

فهنا تساويا في المال دون الربح وهي صورة العكس وصريح ما مر عن الزيلعي والكمال ، انه لا يصح للدافع اخذ اكثر من نصف الربح – الا اذا كان هو العامل فلو كان العامل هو المستقرض كما هو العادة كان له نصف الربح بقدر ماله – لكنه محمول على ما اذا شرطا العمل اليه وان لم يشرط صح التفاضل كما علمت .

ومما يكثر وقوعه ايضاً انه يكون لاحدهما الف فيدفع له آخر الفين ليعمل بالكل ويشرطا الربح اثلاثاً وهذا جايز ايضاً حيث كان الربح بقدر رأس المال كما مر في عبارة النهر فلو شرطا الربح ارباعاً مع اشتراط العمل لم يصح . وقد علم مما مر ان العمل لو كان مشروطاً عليهما لا يلزم اجتماعهما عليه ولذا قال في البزازية : اشتركا وعمل احدهما في غيبة الآخر فلما حضر اعطاه حصته ثم غاب الآخر وعمل الآخر فلما حضر الغائب ابى ان يعطيه حصته من الربح – ان كان الشرط ان يعملا جميعاً وشتى ، فما كان من تجارتهما من الربح فبينهما على الشرط عملا او عمل احدهما . فان مرض احدهما ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما اه

والظاهر ان عدم العمل من احدهما لا فرق ان يكون بعذر او بدونه كما صرح بمثله في البزازية في شركة التقبل معللاً بان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل اه ولا يخفى ان العلة جارية هنا اه ما في رد المحتار ببعض اختصار . قلت وما استظهره صرح به في الهندية عن المضمرات حيث قال : ولا فرق فيما اذا شرط عمل الاثنين بين ان يعملا او يعمل احدهما دون الآخر بعذر او بغير عذر فان عمل احدهما كعملهما اه وسيأتي نقله في المادة ١٣٧٠

المادة ١٣٤٦ — ضمان العمل نوع من اعمل فاذا تشارك اثنان شركة صنايع بان وضع شخص في دكانه آخر من ارباب الصنايع على ان ما يتقبله هو ويتعهده من الاعمال بعمل الآخر ذلك وما يحصل من الكسب يعني الاجرة بينهما مناصفة تكون جائزة

واستحقاق صاحب الدكان حصة النصف بسبب كونه ضامناً ومتعهداً
للعمل وفي ضمن ذلك ايضاً يصير نائلاً منفعة دكانه *

قوله ضمان العمل اي تقبله والتعهد به حتى صار مضموناً عليه . وهو مبتدا خبره قوله نوع من العمل . وهذه الجملة جواب عما يقال ان رأس المال في شركة الصنائع هو العمل كما سيأتي فاذا لم يكن من احدهما عمل كيف يستحق ما شرط له . وكان القياس ان لا تجوز هذه الشركة لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت وجوابه ان نفس التقبل والتعهد عمل ، فبسببه يستحق ما شرط له وهذا استحسان — ومنها ما في البحر عن البزازية : لاحدهما آلة القصار وللآخر بيت اشتركا على ان يعملا في بيت هذا والكسب بينهما ، جاز وكذا ساير الصناعات اه وقدمنا هذه في شرح المادة ١٣٤٤ عن الهندية — لكن لا بد في ذلك من ان يكون عقد الشركة على التقبل والعمل لما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الحمالين على ان يملأ احدهم الجوالق ويأخذ الثاني فمها ويحملها الثالث الى بيت المستأجر ، والأجر بينهم بالسوية ، فهي فاسدة قال فسادها لهذه الشروط فان شركة الحمالين صحيحة اذا اشتركوا في العمل والتقبل جميعاً اه — اي وهنا لم يذكر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيد ، على كل واحد بنوع منه — لكن لا يشترط كون التقبل منهما معاً ، لما في البحر ايضاً : لو اشتركا على ان يتقبل احدهما المتاع ويعمل الاخر او يتقبله احدهما ويقطعه ثم يدفعه الى الاخر للخياطة بالنصف ، جاز كذا في القنية — لكن من شرط عليه العمل فقط لو تقبل جاز . فلو شرط على من عليه العمل ان لا يتقبل ، لا يجوز لانه عند السكوت جعل اثباتها اقتضاء ولا يمكن ذلك مع النفي كذا في المحيط اه

قلت وبه علم ان الشرط عدم نفي التقبل عن احدهما لا التنصيص على تقبل كل منهما ولا على عملها لانه اذا اشتركا على ان يتقبل احدهما ويعمل الآخر بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل لتضمن الشركة الوكالة قال في البحر : وحكمها ان يصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بتقبل الاعمال . والتوكيل

به جايز سواء كان الوكيل يحسن مباشرة ذلك العمل اولا اه رد المحتار ثم ان التقييد بكون الربح مناصفة بينهما في هذه المادة اتفاقي فانه يكون بينهما على ما شرطا مطلقاً اي سواء شرطا الربح على السواء او متفاضلاً كما في الدر وحواشيه وسيأتي توضيحه في شرح المادة ١٣٤٩

المادة ١٣٤٧ = ✻ كما ان استحقاق الربح يكون تارة بالمال او بالعمل كذلك بحكم المادة ٨٥ يكون تارة بالضمان كما ان في المضاربة يكون رب المال مستحقاً للربح بماله والمضارب بعمله فاذا اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً عنده واعمله ما تقبله وتعهده من العمل بنصف اجرته يكون جايزاً والكسب يعني اجرته المأخوذة من اصحاب العمل كما يكون نصفها مستحقاً لذلك التلميذ بعمله يكون نصفها مستحقاً للاستاذ ايضاً بتعهده وضمان العمل ✻

يعني ان الربح لا يستحق الا باحد ثلاث وهي العمل كالمضارب في المضاربة او المال كرب المال فيها او بالضمان كالاستاذ الذي يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ ليعمله بنصف اجرته او بأقل مما اخذ فيستحق الاستاذ ما يأخذه بسبب كونه قد ضمن العمل والتزمه والربح لا يستحق بغير هذه الثلاث — الا ترى ان من قال لغيره تصرف في مالك على ان لي بعض ربحه ، لا يستحق شيئاً لعدم هذه المعاني . ثم ان استحقاق الربح في شركة الاموال بكل من المال والعمل اذا كان العمل عليهما او احدهما وبالمال فقط اذا اشترط على احدهما — وفي شركة الصنايع وهي التقبل بالعمل فقط — وفي شركة الوجوه بالضمان اي ضمان قيمة ما يشتريانه بوجوههما ولهذا لا يستحق الربح احدهما الا بمقدار حصته من المشتري فان شرطا مناصفة المشترى او مثالثته ، فالربح كذلك وبطل شرط

الفضل كما سيأتي في المادة ١٤٠٢ وهذا اعني كون الضمان سبباً لاستحقاق الربح بحكم قوله صلى الله عليه وسلم (الخراج بالضمان) المذكور في المادة ٨٥ لان الخراج ما خرج من الشيء كالثمرة تخرج من الشجرة — يعني ان الربح والثمرة تكون بسبب الضمان اي ما كان مضموناً على الانسان تكون ثمرته له

واعلم ان المسئلة المذكورة في هذه المادة وهي مسئلة اخذ واحد من ارباب الصنائع تلميذاً الخ هي من مسايل الجامع الصغير كما في العيني على الهداية ذكرها ارباب المتون اواخر كتاب الاجارة . ثم ان صاحب الهداية خرجها على شركة الوجوه وتبعه في الدرر وغيره وعبارة الدرر مع الغرر : اقعد خياط او نحوه في دكانه من يطرح عليه العمل بالنصف ، جاز فان صاحب الدكان قد يكون ذا جاه وحرمة ولكن لا يكون حاذقاً في العمل فيقعد حاذقاً يطرح عليه العمل وكان القياس ان لا يجوز لانه استأجره بنصف ما يخرج من عمله وهو مجهول كقفيز الطحان لكنه جاز استحساناً لانه شركة الوجوه في الحقيقة فان هذا بوجاهته يقبل وذاك بحذاقته يعمل فتنتظم ولا يضره الجهالة فيما يحصل اه ومثله في الهداية — لكن قال الزيلعي بعد ان قرر المسئلة على انها من شركة التقبل ما نصه : وقول الهداية هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ، فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه ، ان يشتركا على ان يشتريا شيئاً بوجوههما ويبيعا وليس في هذا بيع ولا شراء — فكيف يتصور ان تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنايع على ما بيناه اه واجاب عنه في مجمع الانهر بان مراد صاحب الهداية بشركة الوجوه ليس ما هو المصطلح عليه في كتاب الشركة — بل مراده بها هاهنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشدك اليه قوله هذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل ويمكن بوجه آخر انه اطلق عليه شركة الوجوه تغليباً لجهة الوجاهة على جهة العمل لكونها سبباً اه

قلت ويؤيده ان جميع شراح الهداية كما يعلم من الفتح والعيني على الهداية قد قرروا المسئلة المذكورة على انها من شركة التقبل ولم ينظروا الى قول الهداية : هذه شركة الوجوه في الحقيقة . ثم لا يخفى ان هذه المسئلة هي عين المسئلة المذكورة في المادة السابقة — والظاهر ان القصد من ذكرها مرة ثانياً ، بيان وجه آخر

للاستحسان ودفع الايراد المذكور في شرح المادة السابقة — وهو انه على فرض تسليم ان ضمان العمل ليس بنوع من العمل فاستحقاق الربح لمن لم يعمل في هذه المسئلة ، انما هو بسبب كون العمل مضموناً عليه بسبب التزامه اياه وتعهده به وقد تقرر ان الضمان يكون سبباً لاستحقاق الربح كالمال والعمل . وظاهر كلامهم حيث ذكرت في الجامع الصغير والمتون مطلقة عن ذكر عقد الشركة ، ان الشريكين لم يعقدوا فيها شركة الصنائع صريحاً وانما المشايخ قد خرجوا الحكم المذكور فيها على شركة الصنائع . وهذا يخالف ما قدمناه في شرح المادة ١٣٣٢ عن رد المحتار من انه لا بد من ان يكون عقد الشركة على التقبل والعمل استدلالاً بما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الحمالين الخ ويمكن الجواب بان هذا لا يشترط ان يكون صريحاً — بل يكفي فيه ان يكون العرف جارياً باعتباره . اشار الى ما قلنا الزيلعي فليراجع

المادة ١٣٤٨ — ٭ اذا لم يوجد واحد من الامور الثلاثة السالفة الذكر يعني المال والعمل والضمان فلا استحقاق للربح مثلاً اذا قال شخص لآخر انت اتجر بمالك على ان الربح مشترك بيننا فلا شركة وفي هذه الصورة ليس له اخذ حصة من الربح الحاصل ٭

اذ لا مال ولا عمل ولا ضمان .

المادة ١٣٤٩ - ٭ استحقاق الربح انما هو بالنظر الى الشرط المذكور في عقد الشركة وليس هو بالنظر الى العمل الواقع فالشريك المشروط عمله ولو لم يعمل يعد كانه عمل مثلاً الشريكان شركة صحيحة في حال اشتراط العمل على كليهما اذا عمل احدهما ولم يعمل الآخر بعذر

أو بغير عذر يقسم الربح بينهما على الوجه الذي اشترطاه حيث كل منهما وكيل عن الآخر فبعمل شريكه يعد هو ايضاً كانه عمل ✵

يعني ان العمل بالفعل ليس شرطاً لاستحقاق الربح بل المدار على كون العمل مشروطاً فالمشروط عليه العمل يستحق الربح عمل او لم يعمل لان عمل العامل يقع عن نفسه بالاصالة وعن شريكه بالوكالة ، لما علم من ان الشركة تتضمنها والمراد بكونه مشروطاً عليه العمل ان لا يشترط نفي العمل او التقبل عنه — وذلك صادق بما اذا شرط كل من التقبل والعمل عليهما او شرط احدهما على هـذا والآخر على ذاك . اما اذا شرط على احدهما ان لا يقبل اولا يعمل فالشركة فاسدة كما مرَّ في شرح المادة ١٣٤٦

وقوله يقسم الربح على الوجه الذي شرطا فيه اشارة الى انه لا فرق فيما شرطا بين ان يكون على التساوي او متفاضلاً كما انه لا يشترط تساويهما في العمل . وقيل ان شرطا اكثر الربح لادناهما عملاً لا يصح والصحيح الجواز افاده في البحر . وهذا بخلاف شركة المال فانه لو اشترط فيها اكثر الربح للقاعد منهما او لاقلهما عملاً او لاقلهما مالاً ، لا تجوز وقد تقدم جميع هذا في شرح المادة ١٣٤٥ ؛ وسيأتي له زيادة بيان في شرح المادة ١٣٩١

المادة ١٣٥٠ — ✵ الشريكان كل واحد منهما امين الآخر فمال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة اذا تلف مال الشركة في يد واحد منهما بلا تعد ولا تقصير لا يكون ضامناً حصة شريكه ✵

انما كانت يد كل واحد منهما في المال امانة ، لانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه المبادلة — حتى يكون كالمقبوض على سوم الشراء فيضمن بالقيمة الا على وجه الوثيقة حتى يكون كالرهن فيضمن بالأقل من قيمته ومن الدين .

وتفرع على كون المال في يد كل منهما امانة انه يقبل قوله بيمينه في مقدار الربح والخسران وضياع المال كلاً او بعضا ولو من غير تجارة وفي الدفع لشريكه ، ولو ادعاه بعد موته لما في الولوالجية : ولو وكل بقبض وديعة ثم مات الموكل فقال الوكيل قبضت في حياته وهلك وانكرت الورثة او قال دفعته اليه ، صدّق ولو كان ديناً لم يصدق ، لان الوكيل في الموضعين حكى امراً لا يملك استئنافه — لكن من حكى امراً لا يملك استئنافه — ان كان فيه ايجاب الضمان على الغير لا يصدق وان كان فيه نفي الضمان عن نفسه ، صدّق . والوكيل بقبض الوديعة فيما يحكي ، ينفي الضمان عن نفسه فصدق والوكيل بقبض الدين فيما يحكي ، يوجب الضمان على الميت وهو ضمان مثل المقبوض فلا يصدق

وتوضيحه ان الوكيل بقبض الدين اذا قال قبضته من المديون وهلك عندي او قال دفعته للموكل ، لا يصدق بالنسبة الى برائة المديون لان في ذلك الزام الضمان على الميت فان الديون تقضى بامثالها فيثبت للمديون بذمة الداين مثل ما للداين بذمته فيلتقيان قصاصاً — واما بالنسبة الى الوكيل نفسه فيصدق لانه امين وبموت الموكل لم ترتفع امانته ، وان بطلت وكالته فلا يضمن ما قبضه ولا يرجع عليه المديون . ومعنى كون الوكيل بقبض الوديعة او الدين لا يملك استئناف ما حكاه ، انه لو كان لم يقبض في حياته واراد استئناف القبض بعد موته ، لم يملكه لانه انعزل عن الوكالة بموته افاده في الدر وحواشيه . والتقييد بكون الهلاك بلا تعدٍ ولا تقصير ، لانه لو هلك بسبب تعديه او تقصيره يكون ضامناً كما هو حكم سائر الامانات . ومن التعدي ما لو مات مجهلاً مال الشركة كما يأتي في المادة ١٣٥٥

وتفرع على كون المال في يد كل منهما امانة ماسئل عنه قارئ الهداية طلب محاسبة شريكه اجاب لا يلزمه ان يذكر الامر مفصلاً ومثله المضارب والوصي والمتولي كذا في الدر وحواشيه . قال في رد المحتار وذكر في وقف الدر عن القنية ان المتولي لا تلزمه المحاسبة في كل عام ويكتفي القاضي منه بالاجمال لو معروفاً بالامانة — ولو متهماً يجبره على التعيين شيئاً فشيئاً ولا يحبسه بل يهدده . ولو اتهمه يحلفه اه . والظاهر انه يقال مثل ذلك في الشريك والمضارب والوصي فيحمل اطلاقه على غير المتهم اي الذي لم يعرف بالامانة تأمل اه .

بقي ما لو ادعى على شريكه خيانةً مبهمة ففي قضاء الاشباه لا يحلف ونقل الحموي عن قاريء الهداية انه يحلف ، وان لم يبين مقداراً — لكن اذا نكل عن اليمين لزمه ان يبين مقدار ما نكل فيه . ثم قال وانت خبير بان قاريء الهداية لم يستند الى نقل فلا يعارض ما نقله في الاشباه عن الخانية كذا في رد المحتار

اقول : ما ذكرناه آنفاً عن وقف الدر معزياً للقنية من قوله ولو اتهمه يحلفه يعني المتولي ، يؤيده ما قاله قاريء الهداية فان الظاهر منه ان التحليف على خيانة مبهمة وحينئذ فيحمل اطلاق ما نقله في الاشباه عن الخانية على ما اذا لم يكن متهماً تأمل

﴿ تتمة ﴾

لو اقر بمقدار ربح ثم ادعى الغلط فيه لا يقبل قوله كما في الاشباه عن كافي الحاكم خلافاً لما في الحاوي الزاهدي حيث قال : قال الشريك ربحت عشرة ثم قال لا بل ربحت ثلاثة فله ان يحلفه انه لم يربح عشرة اه ومقتضاه ان القول له بيمينه — لكن لا يخفى ان الاوجه ، ما في الاشباه لانه برجوعه متناقض فلا يقبل منه وما في كافي الحاكم نص المذهب فلا يعارضه ما في الحاوي كذا في رد المحتار .

المادة ١٣٥١ — ﴿ رأس المال في شركة الاموال يكون مشتركاً بين الشريكين متساوياً او متفاضلاً لكن في صورة كون رأس المال من واحد والعمل من آخر اذا كان المقاولة على ان الربح مشترك بينهما تكون مضاربة كما يأتي في بابها المخصوص واذا كان الربح تماماً عائداً الى العامل يكون قرضاً واذا شرط كون الربح تماماً عائداً الى صاحب رأس المال فيكون رأس المال في يد العامل بضاعة والعامل مستبضعاً ومن كون المستبضع في حكم الوكيل المتبرع يصير

الربح او الخسار تماماً عايداً الى صاحب المال ✻

ولو قال رب المال دفعت اليك بضاعة وقال المضارب لا بل مضاربة بالنصف او بمائة درهم ، كان القول قول رب المال لان الربح يستحق عليه من جهته — وكذا لو قال المضارب اقرضتني وقال مضاربة او بضاعة ، كان القول لرب المال لان المضارب يدعي عليه تمليك المال والبينة للمضارب يجعل كانه اعطاه مضاربة ثم اقرضه . ولو قال رب المال اقرضتك وقال المدفوع له لا بل مضاربة كان القول للمضارب لان رب المال يدعي عليه الضمان بعد ان اتفقا انه اخذ المال باذنه والبينة بينة رب المال وتمام الكلام على هذه المسائل في مضاربة فتاوى انقروي

المادة ١٣٥٢ = ✻ اذا مات احد الشريكين او جن جنوناً مطبقاً تنفسخ الشركة لكن في صورة كون الشركاء ثلاثة او اكثر تنفسخ الشركة في حق الميت او المجنون وحده وتبقى بين الآخرين ✻

ومثل الموت الحقيقي الموت الحكمي بان ارتد احدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه — وهذا لان الشركة تتضمن الوكالة فهي شرط لها ابتداء وبقاء لانه لا يتحقق ابتداؤها بولاية التصرف لكل منهما في مال الآخر ولا تبقى الولاية الا ببقاء الوكالة . والوكالة تبطل بالموت واللحاق على ما عرف في موضعه — ولا فرق بين ان يعلم موت صاحبه او لا يعلم لانه عزل حكمي فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعني شركة العقد المتضمنة للوكالة لعدم الفائدة - فلا يشترط علمه لثبوته ضمناً بخلاف العزل القصدي كما سيأتي والجنون المطبق كالموت من حيث بطلان الوكالة لان المجنون ليس اهلاً لها لكن لا يحكم بالفسخ الا باطباق الجنون وهو مقدر بشهر او بنصف حول على الخلاف فتبقى الشركة قائمة الى ان يتم اطباق الجنون فتنفسخ فاذا عمل بعد ذلك فالربح كله للعامل والوضيعة عليه وهو كالغصب لمال المجنون فيطيب

له ربح ماله لا ما ربح من مال المجنون فيتصدق به . والظاهر انه يقال مثل ذلك فيما اذا تصرف احدهما بالمال في صور بطلان الشركة الآتية فان الربح يكون للعامل ويتصدق بما ربح من مال الآخر . وانما لا تنفسخ في حق الباقين فيما اذا مات احد الشركاء الثلاثة لبقاء الوكالة بينهما كما هو ظاهر وتقييد الانفساخ بشركة العقد ، لان شركة الملك لا موجب لانفساخها بما ذكر اذ لا وكالة فيها اصلاً فلا تبطل الشركة بموت احد الشركاء بل يبقى المال مشتركاً بين الحي وورثة الميت على ما كان عليه

المادة ١٣٥٣ - ✻ تنفسخ الشركة بفسخ احد الشريكين لكن علم الآخر بفسخه شرط فلا تنفسخ الشركة ما لم يكن فسخ احدهما معلوماً للآخر ✻

لانه عزل قصدي وهو نوع حجر فيشترط علمه دفعاً للضرر عنه فتح . ومن الفسخ ايضاً ما اذا قال احدهما للآخر لا اعمل معك ففي البحر عن البزازية : اشتركا واشتريا امتعة ثم قال احدهما للآخر لا اعمل معك بالشركة وغاب فباع الحاضر الأمتعة ، فالحاصل للبايع وعليه قيمة المتاع لأن قوله لا اعمل معك فسخ للشركة معه وواحدهما يملك فسخها وان كان المال عروضاً بخلاف المضار به هو المختار اه — وكذا تنفسخ الشركة بانكارها ففي البحر عن المحيط : جحد احد المتفاوضين وقعت الفرقة وضمن نصف جميع ما في يده اذ ظهرت المفاوضة بالبينة العادلة ، لانه امين جحد الامانة فصار غاصباً وكذلك جحود وارثه بعد موته اه

واطلاق هذه المادة يقتضي صحة انفراد احدهما بالفسخ وان كان مال الشركة عروضاً . هذا هو المختار كما علمت آنفاً وقيد الزيلعي فسخ احدهما الشركة بكون المال دراهم او دنانير فافاد عدمه لو عروضاً كما في المضاربة وهو قول الطحاوي واتفقوا في المضاربة انه لو فسخاها والمال عروض يصح الفسخ ولو فسخها احدهما لا يصح الا اذا كان نقوداً — والفرق ان مال الشركة في ايديهما معاً وولاية التصرف اليهما جميعاً فيملك

كل نهي صاحبه عن التصرف في ماله نقداً كان او عروضاً بخلاف مال المضاربة فانه بعد ما صار عروضاً ثبت حق المضارب فيه لاستحقاقه ربحه وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه فتح كذا في الدر وحواشيه مع زيادة من البحر والزيلعي

المادة ١٣٥٤ — ✻ اذا فسخ الشريكان الشركة واقتسماها على كون النقود الموجودة لواحد والديون التي في الذمم لآخر لا تصح القسمة وفي هذه الصورة مهما قبض الآخر من النقود الموجودة يكون مشتركاً وما في الذمم من الدين ايضاً يبقى مشتركا راجع المادة ١١٢٣ ✻

فقد صرحت المادة المذكورة بأن تقسيم الدين المشترك قبل قبضه ، لا يصح وصرحت المادة ١٠٩٥ بأنه اذا بيع مال مشترك بصفقة واحدة ولم يذكر حين البيع حصة كل واحد من الشركاء ، فالدين الذي في ذمة المشتري من ذلك ، دين مشترك وصرحت المادة ١١٠١ بأن ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً ولا يسوغ للقابض ان يختص به . وهذا لان الدين معدوم حقيقة لكن اعطيَ له حكم الموجود في حق الشراء ونحوه لحاجة الناس فيها فيبقى على العدم في حق القسمة وقسمة المعدوم باطلة صرح بهذا في الحامدية والانقروية وغيرهما

المادة ١٣٥٥ = ✻ اذا اخذ احد الشريكين مقداراً من مال التجارة ومات وهو في حال العمل مجهلا تستوفي حصة شريكه من تركته راجع المادة ٨٠١ ✻

الظاهر ان قوله ومات وهو في حال العمل ، لا مفهوم له فاني لم ار من قيد الموت

عن تجهيل بان يموت في حال العمل فتأمل . وتفاصيل مسائل موت المودع ونحوه مجهلاً للوديعة ونحوها من الامانات استوفينا الكلام عليها في شرح المادة (٨٠١) المذكورة فليراجع .

❊ الفصل الخامس ❊

– في بيان شركة المفاوضة –

المادة ١٣٥٦ = ❊ المفاوضان احدهما كفيل الآخر كما بُين في الفصل الثاني فاقرار احدهما كما ينفذ في حق نفسه يكون نافذاً في حق شريكه فاذا اقر احدهما بدين فللمقر له ان يطالب ايهما شاء ومهما ترتب دين على احد المفاوضين من اي نوع كان في المعاملات الجارية في الشركة كالبيع والشراء والاجارة يلزم الآخر ايضاً ❊

يعني ان كل دين لزم احدهما بتجارة او ما يشبهها لزم الاخر بمقتضى تضمنها الكفالة — فدخل تحت التجارة ثمن المشري في البيع الجائز وقيمته في الفاسد سواء كان مشتركاً او لنفسه ، واجرة ما استأجره سواء كان استأجره لنفسه او لحاجة التجارة . ودخل تحت ما يشبه التجارة ، ضمان الغصب والاستهلاك والوديعة المجحودة والمستهلكة — وكذا العارية لان تقرر الضمان في هذه المواضع يفيد له تملك الاصل فيصير في معنى التجارة . ودخل ايضاً الاستقراض على ما هو ظاهر الرواية ، لانه مبادلة معنى لان المستقرض يملك المال المستقرض و يلزمه رد مثله فشابه المصارفة او الاستعارة — ودخله ايضاً ما لزمه بكفالة مال بأمر المكفول عنه وهذا قول الامام وقالا لا يلزم الآخر ، لانها تبرع . وله انها تبرع ابتداء وانتهاء ومعاوضة انتهاء لان للكفيل ان يضمن المكفول عنه لو كانت بأمره

بخلاف كفالة النفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء و كذا كفالة المال بلا امر فلا يلزم صاحبه في الصحيح لانعدام معنى المعاوضة وخرج ما لا يشبه ضمان التجارة كمهر وبدل خلع — كما لو عقدت امرأة شركة مفاوضة مع آخر . ثم خالعت زوجها على مال ، لا يلزم شريكها و كذا لو اقرت ببدل الخلع — و كأرش جناية على الآدمي . اما الجناية على الدابة او الثوب ، فيلزم شريكه في قول الامام ومحمد لما انه يملك المجني عليه بالضمان — و كذا كل ما لا تصح فيه الشركة كالصلح عن دم العمد والنفقة ولا فرق فيما لزم بتجارة او ما يشبهها بين ان يثبت ببينة او باقرار احدهما فان ما يقر به احد الشريكين من ذلك ينفذ على شريكه ايضاً لانه اخبر عن امر يملك استئنافه — الا اذا اقر لمن لا تقبل شهادته له كاصوله وفروعه وزوجته ومعتدته من طلاق ولو بائناً وعندهما يلزم شريكه ايضاً — الا لعبده ومكاتبه

وفائدة اللزوم اي لزوم احد الشريكين بدين لزم الآخر بمباشرة التجارة او ما يشبهها ، انه اذا ادعى احد على واحد منهما بيعاً او نحوه مما تقدم فله تحليف الآخر اي الذي لم يباشر العقد او الاقرار به — لكن يحلف المباشر على البت اي القطع بان يحلف اني ما بعتك مثلاً لانه فعل نفسه ويحلف الآخر على العلم بان يحلف اني لا اعلم شريكي باعك . وانما يحلف للآخر لان الدعوى على احدهما دعوى عليهما ولو ادعى عليهما يعني انهما باعاه مثلاً يحلف كل واحد البتة لان كل واحد منهما يستحلف على فعل نفسه فايهما نكل عن اليمين يمضي الامر عليهما لان اقرار احدهما كاقرارهما — بخلاف ما لو ادعى عليهما ان احدهما باشر العقد فان من لم يدع عليه المباشرة يحلف على العلم ، لانه فعل غيره — وكذا لو ادعى على الحاضر منهما بان شريكك الغائب باعني له تحليف الحاضر على علمه — ثم اذا حضر الغائب له تحليفه على البت ، لانه يستحلفه على فعل نفسه . قال في البحر : ولو ادعى على احدهما ارش جراحة خطأ واستحلفه على البت لم يكن له تحليف الآخر — وكذا المهر والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه الاشياء غير داخلة تحت الشركة اي لانها ليست مما يشبه التجارة كما تقدم — فلا يكون فعل احدهما كفعلهما

﴿ تنبيه ﴾

يستثنى من قولهم وكل دين لزم احدهما بتجارة الخ ، ما اذا كان الداين

الشريك ، لما في الظهيرية : لو باع احدهما من صاحبه ثوباً ليقطعه قميصاً لنفسه او امة ليطأها او طعاماً لاهله ، جاز البيع بخلاف ما اذا باعه شيئاً من الشركة لاجل التجارة اه . ففي صورة الجواز لزمه الثمن ولم يلزم شريكه افاده في البحر قلت ويكون الثمن نصفه له ونصفه لشريكه كما ذكره الحاكم في الكافي وانما جاز البيع لان ذلك مما يختص به المشتري فلا يقع مشتركاً بينهما حيث اشتراه لنفسه — بخلاف ما اذا اشتراه للتجارة فانه لا يصح ، لانه لا يفيد اذ لو صح عاد مشتركاً بينهما كما كان ، ولهذا قال في الكافي وان كان لاحدهما عبد ميراث فاشتراه الآخر للتجارة جاز وكان بينهما اه ووجهه ان الشراء هنا مفيد لانه لم يكن مشتركاً قبل الشراء اه ملخصاً من الدر وحاشيته رد المحتار مع قليل زيادة من البحر

﴿ وكما ان ما باعه احدهما يجوز رده على الآخر بالعيب كذلك ما اشتراه احدهما يجوز ان يرده الآخر بالعيب ﴾

عبارة الهندية في الفصل السادس من الباب الثاني من كتاب الشركة : واذا اشترى احدهما شيئاً من تجارتهما فوجد الآخر به عيباً ، كان له ان يرده والمشتري من احدهما شيئاً من شركتهما اذا وجد بالمشتري عيباً كان له ان يرده بالعيب على ايهما شاء اه . ومفهومه انه لو اشترى احدهما ما ليس من تجارتهما — كطعام وكسوة لأهله ودار لسكنه فليس للآخر ان يردها بالعيب — وكذا لو باع احدهما ما ليس من شركتهما كدار او دابة ورثها من ابيه مثلاً ، فليس للمشتري منه ان يردها بالعيب على الآخر فليحفظ . ويؤيده ما في الخانية : وان آجر احد المتفاوضين عبداً خالصاً له من ميراث لم يكن للآخر ان يطالب بالاجر وكذا كل شيء هو له خاصة باعه لم يكن لشريكه ان يطالب بالثمن ولا للمشتري ان يطالب الشريك بتسليم المبيع اه . وفي الهندية ولو انكر احد المتفاوضين العيب فيما باعه هو ، فللمشتري ان يحلفه على البتات وشريكه على العلم . ولو اقر احدهما نفذ عليه وعلى شريكه ولو باع كل واحد منهما نصف سلعة من شركتهما ثم وجد بها المشتري عيباً فله ان يحلف كل واحد منهما على النصف الذي باعه على البتات — وعلى النصف الذي باعه شريكه على العلم بيمين واحدة في قول محمد وقال

ابو يوسف يحلف كل واحد منهما على البتات فيما باع وتسقط عن كل واحد منهما اليمين على العلم اه وفيها : اذا اقال احدهما في بيع باعه الآخر جازت الاقالة عليهما — وكذلك اذا اقال في سلم باشره صاحبه . ولو باع احدهما شيئاً من تجارتهما ، لم يكن لواحد منهما ان يشتريه بأقل من ذلك قبل استيفاء الثمن . ولو باع احدهما شيئاً نسيئة ثم مات ، ليس لصاحبه ان يخصم فيه فان اعطاه المشتري نصف الثمن بريء منه . ولو باع احدهما شيئاً ثم وهب الثمن من المشتري او ابرأه ، جاز في قول ابي حنيفة ومحمد ويضمن نصيب صاحبه — وان وهبه الآخر او ابرأه ، جاز في نصيبه ولم يجز في نصيب صاحبه اجماعاً — واذا اخر احدهما ديناً وجب لهما جازتا خيره في النصيبين اجماعاً — سواء وجب الدين بعقد المؤخر او بعقدهما . واذا كان عليهما دين مؤجل فأبطل احدهما الأجل بطل وحل المال عليهما جميعاً . ولو مات احدهما ، حل على الميت حصته ولم يحل على الآخر وعن ابي يوسف اذا كان لرجل على المتفاوضين مال فأبرأ احدهما عن حصته فهما يبرآن جميعاً من المال كله

المادة ١٣٥٧ — ✻ المأكولات والألبسة وساير الحوائج الضرورية التي يأخذها احد المتفاوضين لنفسه واهله وعياله له خاصة لا حق لشريكه فيها لكن يجوز للبايع مطالبة شريكه بثمن هذه الاشياء بحسب الكفالة ايضاً ✻

قد اتفقت كلمة المتون ان جميع ما يشتريه احد المتفاوضين يقع مشتركاً بينهما — الا طعام اهله وكسوتهم وكذا طعامه وكسوته قالوا والقياس ان يقع هذا المستثنى ايضاً مشتركاً لان مقتضى العقد المساواة ، وكل واحد منهما قايم مقام صاحبه في التصرف فكان شراء احدهما كشرائهما — الا انهم استثنوا ما ذكر استحساناً لانه مستثنى من المفاوضة للضرورة فان الحاجة الراتبة معلومة الوقوع فلا

يمكن المجانبة على صاحبه ولا الصرف من ماله ولا بد من الشراء فيختص به ضرورة واتفق الشارحون ان المراد بهذا المستثنى ما كان من الحوائج الاصلية لا خصوص الطعام والكسوة — فشمل شراء بيت للسكنى او الاستئجار للسكنى او للركوب لحاجته كالحج وغيره — وكذا الادام فلا يقع جميع ما ذكر للشركة بل يختص به المشتري ومع ذلك يكون الآخر كفيلاً عنه حتى كان لبايع الطعام والكسوة ونحوهما ان يطالب الآخر فان دفع له الثمن من مال الشركة رجع على شريكه بحصته من ذلك وان من ماله الخاص رجع بكل ما دفعه

ثم ان ما يرجع به على شريكه بمجرد قبضه تبطل المفاوضة وتصير عناناً ، ان كان من جنس ما تصح فيه الشركة وان كان عرضاً او عقاراً لا تبطل ، لانه فضل شريكه بمال تصح فيه الشركة مع ان من شرطها المساواة في ذلك ، لا في العرض ونحوه . وان كان الذي دفع الثمن هو المشتري فان كان دفع من مال الشركة رجع عليه الآخر بنصف ما دفعه لانه وفى دينه من مال مشترك فيرجع عليه الشريك بحصته منه وبوصوله الي هذه تبطل المفاوضة وتصير عناناً ان كان مما تصح فيه الشركة لما قلنا وان كان عرضاً ونحوه فلا تبطل وان كان دفع من ماله الخاص به فلا يرجع عليه الآخر بشيء لانه وفى دينه من ماله الخاص . ولا بد من ان يكون المال الخاص به الذي وفى به دينه للبايع عرضاً ونحوه او نقداً ورثه مثلاً ولم يقبضه بعد حتى احال به صاحبه ، والا فلا مفاوضة بينهما لانه مالك لمال زائد عن شريكه تصح فيه الشركة ويقال مثل هذا فيما اذا دفع الآخر يعني غير المشتري من ماله الخاص به

واعلم ان من مسائل المتون المذكورة آخر كتاب الشركة انه لو اشترى احد المتفاوضين امة باذن الآخر ليطأها فهي للمشتري لا للشركة بلا شيء وللبايع اخذ كل واحد منهما بثمنها للكفالة اه قال الشارح الزيلعي وتبعه في البحر وغيره وهذا عند ابي حنيفة وقالا يرجع بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة — حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما في ثمن الطعام والكسوة . وله ان الجارية تدخل في ملكهما جرياً على مقتضى الشركة اذ لا يمكن تغييره . ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه

لان الوطيء لا يحل الا بالملك — فصار كما اذا اشتراها ثم قال احدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة كما اذا قال شخص لاخر اقبض ديني على فلان لنفسك فقبضه كان هبة له بخلاف طعام الاهل والكسوة ، لان ذاك مستثنى من الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة في مسئلتنا فلا يستثنى فيدخل في ملكهما فيكون قاضيا دينا عليهما وللبايع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء على التقديرين لما بينا في الطعام والكسوة اه . وهذا صريح في ان شراء الامة للوطيء ليس من من الحوائج الاصلية المستثناة ولذا لا يقع الشراء خاصا بالمشتري — الا بصريح الاذن كما في الدر . وذكر في البحر هنا اي آخر كتاب الشركة نظير ما نقلنا عن الزيلعي — لكن قال عند قول الكنز اوائل كتاب الشركة وما يشتريه كل يقع مشتركا الا طعام اهله وكسوتهم ما نصه : اراد بالمستثنى ما كان من حوائجه فشمل شراء بيت للسكنى او الاستئجار للسكنى او للركوب لحاجته كالحج وغيره — وكذا الأدام والجارية التي يطأوها باذن الشريك فليس الكل على الشركة لما ذكرنا اه — الا ان يقال ان عطف الجارية على ما قبله انما هو من حيث اشتراك الكل في ان شرائه لا يقع على الشركة لا من حيث ان شراء الجارية ايضا من الحوائج الضرورية فتأمل — على انه ذكر في حاشية الشلبي على الزيلعي عازيا الى الاتقاني أن التحقيق ان الحاجة الى الوطيء من الحوائج الاصلية الا انها ليست بلازمة كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط اه — اي فاشترط لها صريح الاذن من الشريك وفي شرح مسكين على الكنز : وقيد بقوله ليطأها لانه لو اذن له بشرائها للخدمة ففعل فكذلك له خاصة ولا تثبت الهبة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن اه . اقول ولي في هذا اشكال وذلك انه زعم العلامة ابو السعود في حاشيته على مسكين ان قول صاحب البحر فيما نقلناه آنفا باذن الشريك يتعلق في جميع ما كان من الحوائج الضرورية غير شراء الطعام والكسوة والأدام له ولاهله فيتوقف خروجها عن الشركة على كون الشراء باذن الشريك ، وهو زعم ساقط جدا يدفعه ما في البحر بعد تلك العبارة حيث قال : وانما قيدنا الجارية باذن الشريك لانه لو اشتراها للوطيء او للخدمة لنفسه بغير اذن شريكه فهي على الشركة

كما في المحيط اه فانه قد صرح بان التقييد بالاذن متعلق بالجارية فقط وصاحب البيت ادرى بالذي فيه ولم نر احداً ذكر اشتراط الاذن الا في شراء الجارية للوطىء . واطلاقهم شراء ما عدا الجارية عن التقييد بالاذن — وكذا تعليلاتهم للمسئلة مما تقدم عن الزيلعي ، كاف في الرد عليه فتدبر وتنبه .

المادة ١٣٥٨ = ✻ المفاوضان في شركة الاموال كما ان كونهما متساوين بمقدار رأس مالهما وحصتهما من الربح شرط كذلك عدم وجود فضلة عن رأس مال احدهما تصلح رأس مال شركة يعني النقود والاموال التي في حكم النقود شرط اما اذا كان لاحدهما فضلة عن رأس مال الشركة لا تصلح رأس مال يعني عروضاً او عقاراً او ديناً في ذمة آخر فلا تضر المفاوضة اي فلا تنقلب عناناً ✻

معنى تساويهما بمقدار رأس مالهما ، ان يكون رأس مالهما على السواء من حيث القدر اذا كانا من جنس واحد ونوع واحد وان كانا من جنسين مختلفين نحو الدراهم والدنانير او كانا من جنس واحد الا انه اختلف نوعها نحو المكسور مع الصحاح ، يشترط مع ذلك التساوي في القيمة — وكذا يشترط ان لا يكون لكل واحد منهما من المال الذي يجوز عليه عقد الشركة سوى رأس المال الذي شارك به صاحبه ابتداء وانتهاء . واذا كان المالان على السواء عند الشركة حتى صحت المفاوضة — ثم صار في احد المالين فضل قبل ن يشتريا — بان زادت قيمة احد النقدين بعد عقد المفاوضة قبل الشراء ، انتقضت المفاوضة وصارت عناناً — وكذا ان اشترى باحد المالين وزاد الاخر . وان حصل الفضل بعد الشراء بالمالين فالمفاوضة على حالها اي لان الفضل حصل للبائع لا لصاحب المال . وان تفاضلا في الاموال التي لا تصح فيها الشركة كالعرض والعقار والدور جازت المفاوضة ولو كان لاحدهما وديعة نقد ، لم تصح المفاوضة ولو كان له دين صحت الى ان

بقبضه فاذا قبضه فسدت وصارت عنانا هندية وفي الدرر والغرر اذا ملك احد المفاوضين بارث او هبة ما تصح فيه الشركة وقبض صارت المفاوضة عنانا لزوال المساواة المعتبرة في المفاوضة اه

واعترضه الشرنبلالي بأن زيادة القبض، غير مرضية لايهامها اشتراط القبض في النقد الموروث وقد حصل ملكه بمجرد موت المورث فكان الملك كافيا لانقلاب المفاوضة عنانا لزيادة مال احدهما وايده العلامة ابو السعود في شرح مسكين بظاهر كلام الزيلعي حيث قال: ولو ورث احدهما دينا وهو دراهم او دنانير لا تبطل حتى يقبض لان الدين لا تصح فيها الشركة الخ . ثم حمل ما في الدرر من اشتراط القبض على ما اذا كان الموروث من النقدين، دينا، وما يقتضيه كلام مسكين الموافق لما في الشرنبلالية من عدم اشتراط القبض، على ما اذا كان الموروث منهما عينا اه ملخصا واقره على ذلك محشوا الدر المختار .

اقول ما في الدرر من اطلاق اشتراط القبض، موافق للخانية وعبارتها واذا ورث احد المتفاوضين دراهم او دنانير كان له خاصة ولا تبطل المفاوضة حتى يقبض اه . وفي الهندية عن السراجية لو استفاد احد المتفاوضين مالا يجوز عليه عقد الشركة بارث او هبة او وصية او نحو ذلك ووصل اليه، بطلت المفاوضة وصارت شركتهما عنانا . وان ورث عروضا او ديونا لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الديون اه . فقد قيد بطلان المفاوضة بوصول ما استفاده بارث ونحوه اليه . واما ما نقله عن الزيلعي فلا يفيد ما ادعاه الشرنبلالي لان غاية ما فيه اشتراط قبض الدين الموروث اذا كان من النقدين وهذا لا يقتضي عدم اشتراط القبض اذا كان الموروث منهما عينا، لان اثبات حكم لشيء لا يقتضي نفيه عما عداه كيف وقد قال الزيلعي قبل تلك العبارة عند قول صاحب الكنز وتبطل ان وهب لاحدهما او ورث الخ ما نصه : اي بطلت المفاوضة اذا وهب لاحدهما او ورث ما تصح به الشركة ووصل الى يده وهو النقدان اه فقد قيد بطلانها بوصول ما ورثه الى يده كما ترى ولا سبيل الى حمله على ما اذا كان الموروث دينا لان الدين لا تصح به الشركة ولا يقال يمكن ان يكون قوله ووصل ليده، قيداً للموهوب لا للموروث لان هذا يرده عبارة الخانية المارة اذ لا ذكر للموهوب فيه وكذا ما في حاشية

الشلبي عليه عازياً للاتقاني ونصه : قال في شرح الطحاوي ولو استفاد أحدهما مالاً بالميراث او بالهبة او بالوصية او بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك المال مما لا يقع عليه عقد الشركة ، لا تبطل المفاوضة وان كان مما يقع عليه عقد الشركة لا تبطل ايضاً حتي يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عناناً في جميع التجارات اه فان هذا لا يمكن ان يقال فيه ذلك كما لا يخفى فظهر بهذا ان ما ذكره الشرنبلالي ، بحث مصادم للمنقول فهو غير مقبول وسيأتي في المادة ١٣٦٢ الاتية ما يفيد انه يشترط لبطلان المفاوضة وصول النقود الموروثة الى الوارث من احد المتفاوضين فافهم

المادة ١٣٥٩ = ✻ الشريكان في شركة الاعمال اذا عقدا شركتهما على ان يتقبل كل واحد منهما اي عمل كان وعلى السوية ضمانها العمل وتعهدهما وعلى تساويهما في الفايدة والضرر ومهما ترتب بسبب الشركة على احدهما يكون الاخر كفيلا له تكون مفاوضة وفي هذه الصورة تجوز مطالبة كل واحد منهما ايهما كان بأجرة الاجير وبأجرة الدكان واذا ادعى شخص بمتاع واقر به واحد منهما يكون قراره نافذاً عليهما وان انكره الاخر ✻

الا اذا كان اقراره لمن لا تقبل شهادته له كابيه وامه وابنه وزوجته وما اشبه ذلك كما تقدم واذا جنت يد احدهما فالضمان عليهما يواخذ صاحب العمل ايهما شاء بجميع ذلك هنديه عن المحيط ولا تنس ما قدمناه من انه يشترط ان يكون المتفاوضان من اهل الكفالة . وذكر في رد المحتار ان لفظ المفاوضة في شركة الاموال حقيقة وفي شركة التقبل والوجوه مجاز

المادة ١٣٦٠ – ✻ اذا عقد الشركة اثنان على اخذ المال نسيئة وبيعه وكون المال المشترى وثمنه وربحه مشتركاً بينهما مناصفة وكل واحد منهما كفيل عن الآخر تكون مفاوضة شركة الوجوه ✻

لاستيعابها ذكر مقتضيات المفاوضة فيكفي ذلك عن التلفظ بها بعد ان يكونا من اهل الكفالة ومتساويين تصرفاً وديناً حتى لو سكتا عن ذكر واحد من تلك المقتضيات كانت عناناً الا ان يصرحا بلفظ المفاوضة كما سيأتي في المادة الآتية وهكذا يقال في مفاوضة شركة الاعمال المذكورة في المادة السابقة . والمراد من هاتين المادتين بيان ان تقسيم الشركة الى مفاوضة وعنان كما يكون في شركة الاموال يكون في شركتي الوجوه والاعمال تكملة اقسام شركة العقد ستة كما في شرح المادة ١٣٣٢

المادة ١٣٦١ = ✻ يشترط في عقد المفاوضة ذكر لفظ المفاوضة وتعداد جميع شرائطها واذا عقدت الشركة مطلقة تكون عناناً ✻

عبارة الزيلعي وغيره ولا تصح المفاوضة الا بلفظ المفاوضة او بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة لان اكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عليها او على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة اه وذكر في الفتح ان بيان جميع مقتضياتها بان يقول احدهما وهما حران بالغان مسلمان او ذميان شاركتك في جميع ما املك من نقد وقدر ما تملك على وجه التفويض العام من كل منا للآخر في التجارات والنقد والنسيئة ، وعلى ان كلاً منا ضامن عن الآخر ما يلزمه من امر كل بيع اه . وذكر في الدر وحاشية رد المحتار انها تصح بلفظ المفاوضة وان لم يعرفا معناها لان لفظها علم على تمام المساواة في امر الشركة فاذا ذكراه ثبت احكامها اقامة للفظ

مقام المعنى اه وفي الهندية : اذا اطلقا الشركة فهي عنان فاذا لم يتفاوضا ولكن اشتركا شركة مطلقة تعتبر عناناً في حق بعض الاحكام — حتى لو اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك او عمل من اعمال التقلة او اجر اجير او اجر بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة . وتعتبر مفاوضة في بعض الاحكام حتى لو دفع رجل الى احدهما او اليهما عملاً ، فله ان يؤاخذ بذلك العمل ايهما شاء ولكل واحد منهما ان يطالب باجرة العمل والى ايهما دفع برئ وعلى ايهما وجب ضمان العمل كان له ان يطالب الآخر به فقد اعتبرت هذه الشركة بالمفاوضة في حق هذه الاحكام استحساناً وان لم تعتبر بالمفاوضة في غير هذا الوجه في ظاهر الرواية ذكره القدوري في شرحه كذا في الذخيرة

﴿ تنبيه ﴾

يؤخذ من اشتراط ذكر لفظ المفاوضة او تعداد جميع مقتضياتها انه ليس من المفاوضة ما لو مات رجل فقام اولاده على تركته بلا قسمة وعملوا فيها من حرث وزراعة وبيع وشراء واستدانة على وجه الاطلاق والتفويض كما حرره في تنقيح الحامدية ورد المحتار وتقدم نقله في شرح المادة ١٣٣١

المادة ١٣٦٢ — ﴿ اذا فقد شرط من الشروط المذكورة في هذا الفصل على الوجه المار تنقلب المفاوضة عناناً مثلا اذا دخل الى يد واحد من المفاوضين في شركة الاموال مال بالارث او بطريق الهبة فاذا كان يصلح رأس مال للشركة كالنقود تنقلب المفاوضة عناناً لكن اذا كان الزائد على رأس المال لا يصح رأس المال كالعروض والعقار فلا يضر بالمفاوضة ﴾

لا تنس ما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الهندية من ان عنان شركة الاعمال تعتبر مفاوضة في بعض الاحكام . وقوله اذا دخل الى يد احد المتفاوضين

الخ ٨ يفيد ان ما ورثه احد المفاوضين من النقود لا تنقلب به المفاوضة عناناً ما لم يصل الى يده وان كان عيناً وهو الموافق للدرر والخانية وغيرهما كما مر بيانه في شرح المادة ١٣٥٨ خلافاً لما بحثه الشرنبلالي من انها تبطل بمجرد موت المورث ووافقه ابو السعود و كذا في حواشي الدر ثم اذا انقلبت المفاوضة عناناً هل تبطل الكفالة قدمنا تحقيقه في شرح المادة ١٣٣٥ فارجع اليه

المادة ١٣٦٣ = ﴿ كل ما كان شرطاً لصحة شركة العنان فهو شرط ايضاً لصحة المفاوضة ولا عكس ﴾

اي بالمعنى اللغوي يعني انه ليس كل ما كان شرطاً للمفاوضة يكون شرطاً للعنان لان من شروط المفاوضة عقدها بلفظ المفاوضة او بذكر الكفالة مع جميع مقتضياتها ومن شروطها التساوي مالاً وتصرفاً وديناً وكل ذلك لا يشترط في العنان.

المادة ١٣٦٤ — ﴿ كل ما جاز من التصرف للشريكين شركة عنان يجوز ايضاً للمفاوضين ولا عكس ﴾

فان احد المفاوضين يملك الشركة مع الغير و كذا الرهن اي رهن عين من مال الشركة و كذا الكتابة والاذن بالتجارة وتزويج الامة كل ذلك بدون اذن شريكه واحد شريكي العنان لا يملك ذلك الا باذنه صرح به في التنوير وشرحه الدر وهناك تصرفات كثيرة يملكها المفاوض ولا يملكها شريك العنان مذكورة في الهندية فلتراجع

الفصل السادس

﴿ في حق شركة العنان ويشتمل على ثلاثة مباحث ﴾

– المبحث الاول في بيان المسايل العائدة الى شركة الاموال –

المادة ١٣٦٥ – ﴿ لا يشترط في الشريكين شركة عنان كون رأس مالهما متساويا بل يجوز كون رأس مال احدهما ازيد من رأس مال الآخر وكل واحد منهما لا يكون مجبوراً على ادخال جميع نقده الى رأس المال بل يجوز ان يعقد الشركة على مجموعه او على مقدار منه فبهذه الجملة يجوز ان يكون لهما فضلة على رأس مالهما تصلح ان تكون رأس مال شركة كنقدهما مثلاً ﴾

وهذا بخلاف شركة المفاوضة كما تقدم في المادة ١٣٥٨

المادة ١٣٦٦ – ﴿ كما يجوز كون عقد الشركة على عموم التجارات كذلك يجوز ايضاً عقدها على نوع تجارة خاصة كتجارة الذخيرة مثلاً ﴾

بخلاف المفاوضة فانها لا تكون الا عامة في جميع التجارات كما في الفتح وغيره – لكن في البحر عن التتارخانية من شرايط المفاوضه ان تكون عامة في عموم التجارات اليه اشار محمد في الكتاب وذكر شيخ الاسلام في آخر باب شركة المفاوضة انها تجوز في نوع خاص ايضاً اه فليتأمل .

المادة ١٣٦٧ = ﴿ كيفما شرط تقسيم الربح في الشركة الصحيحة فذلك الشرط يُراعى على كل حال ﴾

اي وان اشترط اكثر الربح لاقلهما مالاً وهذا بخلاف المفاوضة فانه لا بد في تساويهما مالاً وربحاً كما تقدم في المادة ١٣٥٨

المادة ١٣٦٨ - ﴿ يقسم الربح في الشركة الفاسدة على مقدار رأس المال فاذا شرط لاحد الشريكين زيادة فلا تعتبر ﴾

لان الاصل ان الربح تبع للمال كالريع وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل ، لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع زيلعي . وفي رد المحتار ان الشركة الفاسدة اما بدون مال او به من الجانبين او من احدهما فحكم الاولى ان الربح فيها للعامل ، والثانية بقدر المال ولم يذكر ان لاحدهم اجراً لانه لا اجر للشريك في العمل بالمشترك كما ذكروه في قفيز الطحان ، وفي الثالثة لرب المال وللآخر اجر مثله اه .

المادة ١٣٦٩ - ﴿ الضرر والخسار الواقع بلا تعد ولا تقصير ينقسم على كل حال على مقدار رأس المال واذا شرط على وجه آخر فلا يعتبر ﴾

قال في الهندية من الفصل الثاني من الباب الثالث في شركة العنان عن السراج : ولو شرطا العمل عليهما جميعاً صحت الشركة وان قل رأس مال احدهما

وكثر راس مال الآخر واشترطا الربح بينهما على السواء او على التفاضل، فان الربح بينهما على الشرط والوضيعة ابداً على قدر روس اموالهما اه . وفيها عن محيط السرخسي: اشتركا فجاء احدهما بألف والآخر بالفين على ان الربح والوضيعة نصفان، فالعقد جائز والشرط في حق الوضيعة باطل فان عملا وربحا فالربح على ما شرطا وان خسرا فالخسران على قدر رأس مالهما اه .

المادة ١٣٧٠ = ※ اذا شرط الشريكان تقسيم الربح بينهما على مقدار رأس المال سواء كان رأس المال متساوياً او متفاضلاً يكون صحيحاً و يقسم الربح بينهما على قدر رأس المال كما شرطا سواء شرط عمل الاثنين او شرط عمل الواحد وحده الا انه اذا شرط عمل الواحد وحده يكون رأس مال الآخر في يده بضاعة ※

فلذلك الآخر ربح ماله وعليه وضيعته وللعامل ربح ماله وهو متبرع بالعمل بمال الآخر . ولا فرق فيما اذا شرط عمل الاثنين بين ان يعملا او يعمل احدهما دون الآخر بعذر او بغير عذر فان عمل احدهما كعملهما كما في الهندية عن المضمرات

المادة ١٣٧١ - ※ اذا تساوى الشريكان في رأس المال وشرطا من الربح حصة زايدة لاحدهما مثلاً كثلثي الربح وكان ايضاً عمل الاثنين مشروطاً فالشركة صحيحة والشرط معتبر راجع مادة ١٣٤٥، اما اذا شرط عمل احدهما وحده فينظر ان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح زايدة فكذلك الشركة صحيحة

والشرط معتبر ويصير ذلك الشريك مستحقاً ربح رأس ماله والزيادة بعمله - لكن حيث كان رأس مال شريكه في يده في حكم مال المضاربة كانت الشركة شبه المضاربة وان كان العمل مشروطاً على الشريك الذي حصته من الربح قليلة فهو غير جائز فيقسم الربح بينهما على مقدار رأس المال لهذا اذا قسم الربح على الوجه الذي شرطاه فلا يكون شيء مقابل من مال او عمل اوضمان للزيادة التي يأخذها الشريك الذي لم يعمل واستحقاق الربح انما هو بواحد من هذه الامور الثلاثة راجع مادتي ١٣٤٧ و ١٣٤٨

هذا بيان لحكم ما اذا تساوى الشريكان في المال وتفاضلا في الربح . وتوضيحه انه تقدم في المادة ١٣٤٥ انه يجوز ان يتقوم عمل احدهما بقيمة هي اكثر من قيمة عمل الآخر ، لان العمل يتقوم بتعيين القيمة وعليه فيجوز ان يكون المال متساوياً والربح متفاوتاً اذا شرط العمل عليهما — وكذا اذا شرط العمل على احدهما وكانت الزيادة المشروطة من الربح لمن شرط العمل على احدهما وكانت الزيادة المشروطة من الربح لمن شرط عليه العمل فيستحق نصف الربح بمقابلة رأس ماله والزايد عن النصف بعمله المشروط لكونه مضارباً برأس مال الآخر ، ولهذا لا يلحقه من الوضيعة يعني الخسران الا بنسبة رأس ماله وهو النصف كما تقدم

اما اذا شرطا العمل على من شرطت له الحصة القليلة من الربح فالشرط يكون غير معتبر ويستحق من الربح بمقدار رأس ماله وهو النصف ، لما تقدم في المادة ١٣٤٧ من ان الربح لا يستحق الا بأحد ثلاث المال او العمل او الضمان وقد استحق من شرطت له الزيادة بمقدار رأس ماله وهو النصف ولا وجه لاستحقاقه شيئاً زايداً عليه اذ لا عمل له ولا ضمان . وهذا اذا صرحا باشتراط

العمل عليهما او على احدهما اما اذا اشترطا التفاضل بالربح وسكتا عن ذكر اشتراط العمل يكون شرط التفاضل بالربح معتبراً سواء عملا او عمل احدهما فقط لعذر او لغير عذر وسواء كانت الزيادة مشروطة لمن عمل او للآخر كما قدمنا تحقيقه في شرح المادة ١٣٤٥ معزياً لرد المحتار

المادة ١٣٧٢ — ❋ اذا شرط تقسيم الربح على التساوي بين الشريكين اللذين رأس مالهما متفاضل مثلاً رأس مال احدهما ماية الف قرش ورأس مال الآخر ماية وخمسون الفاً يكون شرط اخذ حصة الزيادة من الربح بالنسبة الى الذي رأس ماله قليل كشرط زيادة الربح الى احد الشريكين المتساويين في رأس المال فاذا شرط عمل الاثنين او عمل الشريك ذي الحصة الزايدة من الربح يعني قليل رأس المال تكون الشركة صحيحة والشرط معتبراً وان شرط عمل ذي الحصة القليلة من الربح يعني الشريك الذي راس ماله كثير فهو غير جائز ويقسم الربح بينهما على مقدار رأس مالهما ❋

هذا بيان الحكم ما اذا تفاضلا في المال وتساويا في الربح على عكس ما تقدم في المادة السابقة . وتوجيه ما ذكر ان من كان رأس ماله قليلاً لو استحق من الربح اكثر من رأس ماله وقد شرط العمل على الآخر لاستحقه لا بمقابلة مال ولا عمل ولا ضمان وقد علمت ان الربح انما يستحق باحد هذه الثلاثة ولا تنس ما تقدم في المادة ١٣٦٩ من ان الوضيعة يعني الخسارة ابداً على قدر رؤوس اموالهما وان شرط خلاف ذلك

المادة ١٣٧٣ — ❋ يجوز لكل واحد من الشريكين ان يبيع

مال الشركة سواء كان بالنقد او النسيئة بما قل او كثر ﴾

وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى كما في الفصل الثاني من الباب الثالث من الهندية معزياً للسراج الوهاج وخصّاه بالقيمة يعني بقيمة مثله كما ذكروه في الوكيل بالبيع وقول الامام اصح الاقاويل كما في رد المحتار عن تصحيح العلامة قاسم قال في رد المحتار عند قول التنوير: ويبيع بما عز وهان اي له ان يبيع بثمن زائد وناقص. قيد بالبيع لأن الشراء لا يجوز الا بالمعروف كما في الرملي على المنح عن الجوهرة اه وشمل قولهم بما قل وقولهم بما هان ، ما لو باع بأقل من القيمة بغبن فاحش وهو الذي يقتضيه التفرقة بين البيع والشراء كما لا يخفى — لكن يخالفه ما في الفصل الخامس من الباب الثاني من كتاب الشركة من الهندية عازياً للبدائع حيث قال: وله اي لكل واحد من المتفاوضين ان يبيع بقليل الثمن وكثيره — الا بما لا يتغابن الناس في مثله اه الا ان يقال ان هذا مخرج على قول الامامين وهو تخصيص صحة البيع بما اذا باع بقيمة المثل لانه مصحح ايضاً كما في رد المحتار. وما اقتضته هذه المادة تبعاً للتنوير وغيره ، مخرج على قول الامام الذي هو اصح الاقاويل كما تقدم وليتأمل

﴿ تنبيه ﴾

قال في التنوير وغيره وصح بيع شريك مفاوض ممن ترد شهادته له كابنه وابيه وينفذ على المفاوضة اجماعاً اه قال في رد المحتار عن ط عن الحموي: انظر هل المفاوض قيد في كلام المصنف اه

اقول الظاهر انه قيد لما صرحوا به من ان تصرف احد المتفاوضين كتصرفهما معاً بخلاف احد شريكي العنان لان غاية ما في شركة العنان انها تتضمن وكالة كل واحد منهما عن الآخر وقد صرحوا في كتاب الوكالة ان الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد ممن لا تقبل شهادته له الا اذا قال له بع ممن شئت فتدبر

المادة ١٣٧٤ — ﴿ يجوز لاحد الشريكين ايهما كان حال

كون راس مال الشركة في يده ان يشتري الاموال بالنقد والنسيئة لكن اذا اشترى مالا بالغبن الفاحش لا يكون المال للشركة بل يكون له ☼

التقييد بكون رأس مال الشركة في يده سيأتي محترزه في المادة الآتية . وحاصل المسئلة ان بيع احد شريكي العنان او المفاوضة وكذا بيع المضارب حكمه حكم الوكيل بالبيع المطلق يجوز بيع هؤلاء عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى بما عز وهان و بنقد وبنسيئة . وعندهما لا يجوز الا بالمعروف واما شراؤهم فلا يجوز الا بالمعروف اجماعاً فان اشتروا بخلاف المعروف والعادة او بغير النقود نفذ شراؤهم على انفسهم وضمنوا ما نقدوا من مال غيرهم اجماعاً . وقدمنا ان قول ابي حنيفة اصح الاقاويل وعليه اصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية . والفرق لابي حنيفة بين البيع والشراء ان في الشراء تتحقق تهمة انه اشتراه لنفسه ولما لم يوافقه الحقه بغيره بخلاف البيع فانه لا تهمة فيه افاده في رد المحتار من كتاب الوكالة

المادة ١٣٧٥ — ☼ لا يجوز لاحد الشريكين الذي ليس في يده رأس مال الشركة ان يشتري مالاً لاجل الشركة فان اشترى يكون ذلك المال له ☼

اي خاصة لانه لو وقع مشتركاً تضمن ايجاب مال زائد على الشريك وهو لم يرض بالزيادة على رأس المال ولو الجيد . ومفاده انه لو رضي وقع مشتركاً لانه يملك الاستدانة باذن شريكه . وهذا في شركة العنان اما في المفاوضة فهو عليهما مطلقاً كما في الخانية كذا في رد المحتار وفي الهندية عن الخانية : رجلان اشتركا شركة عنان في تجارة على ان يشتريا ويبيعا بالنقد والنسيئة فاشترى احدهما

شيئاً من غير تلك التجارة كان له خاصة فاما في ذلك النوع من التجارة فبيع كل واحد منهما وشراؤه بالنقد والنسيئة ينفذ على صاحبه الا اذا اشترى احدهما بالنسيئة بالمكيل او الموزون او النقود فان كان في يده من ذلك الجنس من مال الشركة جاز شراؤه على الشركة وان لم يكن كان مشترياً لنفسه وان كان مال الشركة في يده دراهم فاشترى بالدنانير نسيئة ففي القياس يكون مشترياً لنفسه وفي الاستحسان يكون مشترياً على الشركة اه

المادة ١٣٧٦ — ❊ اذا اشترى احد الشريكين بدراهم نفسه شيئاً ليس من جنس تجارتهما يكون ذلك الشيء له خاصة ليس لشريكه منه حصة لكن مع كون رأس مال الشركة في يد احدهما اذا اشترى مالاً من جنس تجارتهما ولو بمال نفسه يصير للشركة مثلاً اذا عقد الشركة اثنان على تجارة البز فاشترى احدهما حصاناً بمال نفسه يكون له وليس لشريكه حصة في ذلك الحصان لكن اذا اشترى ثوب بز يكون للشركة ولو اشهد حين شرائه بان قال هذا الثوب اشتريته لنفسي ليس لشريكي فيه حصة لا يفيد و يكون ذلك الثوب مشتركاً بينه و بين شريكه ❊

حاصل هاتين المادتين ان شراء احد شريكي العنان انما يقع للشركة بشرطين — اولهما ان يكون في يده من مال الشركة دراهم او دنانير او مكيل او موزون اذا كان المشتري مكيلاً او موزوناً والا وقع الشراء له خاصة ما لم يرض الآخر بأن يكون للشركة على ما اقتضته عبارة الولوالجية المذكورة في شرح المادة السابقة — الثاني ان يكون ما اشتراه من جنس تجارتهما والا وقع الشراء له خاصة وهذا اذا كانت الشركة مقيدة بنوع من التجارة فلو كانت عامة في كل نوع من انواع التجارة

يقع الشراء للشركة وان اشهد انه اشتراه لنفسه فهو نظير ما لو اشترى ما هو من جنس تجارتهما ثم اذا وقع الشراء للشركة فان كان دفع الثمن مال نفسه كان له الرجوع على شريكه بحصته مع بقاء مال الشركة لانه وكيل عنه في حصته فيرجع عليه بحسابه وان من مال الشركة فلا يرجع . وهذا اذا كانا متفقين على ان الشراء للشركة وعلى ان دفع الثمن كان من مال المشتري فان كان شراؤه للشركة لا يعرف الا بقوله ، فعليه الحجة لانه يدعي وجوب المال في ذمة الآخر وهو ينكر والقول للمنكر بيمينه كما في المنح ونحوه في الزيلعي . وبقي ما لو صدقه في الشراء للشركة وكذبه في دعوى الاداء من مال نفسه قال الخير الرملي والذي يظهر ان القول للمشتري لانه لما صدقه الاخر في الشراء ثبت الشراء للشركة وبه يثبت نصف الثمن بذمته . ودعواه انه دفع من مال الشركة ، دعوى وفائه فلا تقبل بلا بينة كذا في رد المحتار .

اقول ذكر في حاشية الشلبي على الزيلعي ما نصه قال الاتقاني ثم اذا كان لا يعرف اداء الثمن من مال نفسه ولا من مال الشركة الا بقوله ، فعليه اقامة البينة على ذلك وان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه بيمينه اه . وهذا يخالف ما استظهره الخير الرملي فتأمل فان ما قاله الاتقاني اذا كان هو المنصوص يكون المعول عليه اذ ليس بعد النص الا الرجوع اليه وفي رد المحتار : ثم لا يخفى انه في صورة ما اذا كذبه في الشراء للشركة ان كان ما اشتراه هالكاً ، فظاهر وان كان قائماً فهو له اه

اقول قوله وان كان قائماً فهو له فيه نظر لما علمت من انه اذا كان من جنس تجارتهما وفي الشركة دراهم او دنانير ناضة يقع الشراء للشركة فكيف يصح اطلاق انه له فتأمل . وان كذبه في اصل الشراء وادعى انه من اعيان الشركة فالقول للمشتري ان كان المال في يده ، لما قالوه من انه لو قال ذو اليد استقرضت الفاً فالقول له . واما لو ادعى الشراء لنفسه من ماله لا للشركة وقال الاخر هو من شركتنا فان كان ادعى شرائه قبل الشركة فالقول له بيمينه بالله ما هو من شركتنا كما في الخانية قال لانه حر يعمل لنفسه فيما اشترى وان ادعى شرائه لنفسه حال الشركة ففيه التفصيل المذكور في هذه المادة موافقاً لما في البحر عن

المحيط وهو انه لو من جنس تجارتهما فهو للشركة ، وان اشهد عند الشراء انه لنفسه لانه في النصف بمنزلة الوكيل بشراء شيء معين وان لم يكن من تجارتها فهو له خاصة افاده في رد المحتار قال : وبقي شيء آخر يقع كثيراً وهو ما لو اشترى احدهما من شريكه لنفسه هل يصح البيع ام لا لكونه اشترى ما يملك بعضه ذكر في الفتح من البيع الفاسد ان في صحة البيع خلافاً وان الاصح صحة البيع في حصة الشريك البايع بحصتها من الثمن اه ملخصاً

المادة ١٣٧٧ — حقوق العقد انما تعود الى العاقد فاذا اشترى احد الشريكين مالاً فقبضه مع تأدية ثمنه يكون لازماً عليه وحده فمن هذه الجهة كان ثمن المال الذي اشتراه احدهما انما يطالب به هو ولا يطالب شريكه وكذا احد الشريكين اذا باع مالاً فقبض ثمنه انما هو حقه ومن هذه الجهة اذا ادى المشتري ثمنه الى الآخر يكون بريئاً من حصة الشريك الذي قبض وحده ولا يبرأ من حصة الشريك العاقد وكذا اذا وكل الشريك العاقد شخصاً في قبض ثمن المال الذي باعه فليس لشريكه عزله لكن اذا وكل احد الشريكين شخصاً في بيع او شراء او اجارة فللشريك الآخر عزله ✻

لانه ليس لاحدهما قبض ثمن ما باعه الآخر ولا المخاصمة فيه فكذا ليس له اخراج وكيله بالقبض بخلاف الوكيل في البيع والشراء فان كلا من البيع والشراء يملكه الآخر وقد تقرر ان كل ما كان لاحدهما فعله يصح نهي الآخر عنه افاده في رد المحتار وذكر في البحر : لو باع احدهما لم يكن للآخر قبض الثمن وكذا دين وليه احدهما . وللمديون ان يمتنع من الدفع اليه وان دفع اليه برئ من نصيبه ولم يبرأ من حصة الداين استحساناً . والقياس ان لا يبرأ من حصة

القابض ايضاً . وفي الخانية ليس لاحدهما ان يخاصم فيما باع صاحبه وقبض الذي باع وتوكيله جائز عليه وعلى شريكه . ولو وكل احدهما رجلاً في بيع او شراء واخرجه الآخر عن الوكالة ، صار خارجاً عنها فان وكل البايع رجلاً بتقاضي ثمن ما باع ليس للآخر ان يخرجه عن الوكالة اه وفي البحر عن المحيط وان كان لهما اي لشريكي العنان دين على آخر فهو على ثلاثة اوجه ان اجله العاقد جاز في النصيبين ولا يضمن نصيب شريكه عندهما وعند ابي يوسف يجوز في نصيبه لا في نصيب شريكه

واصله الوكيل بالبيع اذا ابرا عن الثمن او حط او اجله يصح عندهما خلافاً لابي يوسف — الا ان هناك يضمن من ماله لموكله عندهما وهنا لا يضمن ، لان العاقد هاهنا لو اقال العقد ثم باعه بنفسه جاز فلما ملك انشاء البيع بثمن الى اجل فلأن يملك التأجيل فيه اولى . ولو اجل غير العاقد او عقدا جميعاً فاجله احدهما لم يجز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز في نصيبه اه وفي الخانية احد وليي الدين اذا أخر عند ابي حنيفة لا يصح تاخيره اصلاً الا باذن الشريك وعند صاحبيه صح تاخيره في حصته . وفي شركة المفاوضة اذا اخر احدهما صح تاخيره في الكل في جميع الوجوه وفي كل موضع صح التأخير لا يكون ضامناً اه .

المادة ١٣٧٨ — ✻ الرد بالعيب ايضاً من حقوق العقد فما اشتراه احد الشريكين ليس للاخر رده بالعيب وما باعه احدهما لا يرد بالعيب على الآخر ✻

واذا اقال احدهما في بيع باعه الاخر جازت الاقالة وان باع احدهما متاعاً فرد عليه بعيب فقبله بغير قضاء ، جاز عليهما — وكذا لو حط من ثمنه او اخر لاجل العيب وان حط من غير علة او من غير امر يخاف منه ، جاز في حصته ولم يجز في حصة صاحبه وكذا لو وهب له ولو بعيب في متاع جاز عليه وعلى صاحبه كذا في الهندية .

المادة ١٣٧٩ == ✻ كل واحد من الشريكين له ايداع وابضاع مال الشركة وله ان يعطيها مضاربة وله عقد الاجارة مثلاً له استئجار دكان واجير لاجل حفظ مال الشركة لكن ليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا ان يعقد شركة مع آخر بدون اذن شريكه فان فعل وضاع مال الشركة يكون ضامناً حصة شريكه ✻

اما الايداع فلأنه اقامة حافظ للمال فاذا كان له ان يستحفظ بأجر كما يأتي فبغير اجر اولى — واما الابضاع يعني دفع المال بضاعة وهو ان يشترط الربح لرب المال ولا شيء للعامل ، فلأنه معتاد بين التجار ولان له ان يستأجر فيه فبغير الاجر اولى — واما المضاربة وهو ان يدفع المال مضاربة فلان المضاربة دون الشركة والشيء يستتبع ما دونه ولانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعاً وبالتصرف وكيلاً وبالربح اجيراً وله ان يفعل هذه الاشياء كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع . وتقييد المضاربة بأن يدفع المال مضاربة ، لانه لو اخذ احدهما مالاً من آخر مضاربة فان اخذه ليتصرف فيما ليس من تجارتهما فالربح له خاصة — وكذا فيما هو من تجارتهما فالربح له خاصة وكذا فيما هو من تجارتهما اذا كان بحضرة صاحبه ولو مع غيبته او مطلقاً عن التقييد بكونه من تجارتهما كان الربح بينهما نصفه لشريكه ونصفه بين المضارب ورب المال واما عقد الاجارة — كان يستأجر من يتجر له او يحفظ له المال او يستأجر محلا يتجر فيه او يحفظ فيه المال فلانه معتاد بين التجار ولانه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بداً منه افاده الزيلعي ومثله في الهداية وكذا في الدر وحواشيه . زاد فيها ان لاحد الشريكين ان يوكل اجنبياً ببيع او شراء لان التوكيل بهما من اعمال التجارة والشركة انعقدت لها بخلاف الوكيل بالشراء قصداً فانه ليس له ان يوكل به ، لانه عقد خاص طلب به شراء شيء بعينه فلا يستتبع مثله وزاد ايضاً

أن لاحدهما ان يعير دابة الشركة او ثوبها او دارها او خادمها فلو اعارها حتى عطبت الدابة مثلاً تحت المستعير فالاستحسان ان لا يضمن قال في رد المحتار : وهذا كله عند عدم النهي فلو نهاه عن فعل شيء مما ذكر صح نهيه ، لما في الفتح وكل ما كان لاحدهما فعله فاذا نهاه شريكه لم يكن له فعله ولهذا لو قال له اخرج لدمياط ولا تجاوزها فجاوزها فهلك المال ضمن حصة شريكه لانه نقل حصته بغير اذنه — وكذا لو نهاه عن بيع النسيئة بعد ما كان اذن له فيه . ولا ينافي هذا ما سيأتي في المضاربة انه اذا صار المال عروضاً لا يصح نهي المضارب عن البيع نسيئة لانه لا يملك عزله في هذه الحالة ، لان الظاهر ان الشركة ليست كذلك لانه يملك فسخها مطلقاً كما سيأتي اه

واعلم ان جميع ما ذكر من الاحكام لا فرق فيها بين ان تكون شركة الشريكين مفاوضة او عناناً كما هو صريح متن التنوير وغيره اما ما ذكر في ذيل هذه المادة من انه ليس له ان يخلط مال الشركة بماله الخ ، فهو خاص بشركة العنان اما المفاوض فله ان يعقد شركة العنان مع آخر ولو عقدها مفاوضة ان باذن شريكه صحت والا انعقدت عناناً كما في الدر . وما خصه من الربح يكون بينه وبين شريكه كما في البحر . وانما جاز لشريك العنان ان يضارب ولم يجز ان يشارك لان المضاربة دون الشركة لكون الوضيعة تلزم الشريك ولا تلزم المضارب فتتضمن الشركة المضاربة ولا تتضمن الشركة لان الشيء لا يستتبع مثله افاده في مجمع الانهر ومثله في الزيلعي . وذكر في تنقيح الحامدية عن فتاوي قارىء الهداية الشريك اذا خلط مال الشركة وكذا المضارب اذا خلط مال المضاربة بغيره فهلك ان قال لشريكه اعمل فيه برأيك فخلط مال الشركة او المضاربة بماله او بمال غيره لا يكون متعدياً واذا هلك لا يضمن وان لم يقل له ذلك يكون متعدياً بالخلط فيضمنه مطلقاً واذا اختلفا في الاذن ، فالقول قول المالك الا ان يقيم الآخر بينة على الاذن اه

المادة ١٣٨٠ — ✻ لا يجوز لاحد الشريكين ان يقرض آخر

مال الشركة ما لم يأذن شريكه لكن له ان يستقرض لاجل الشركة
ومهما استقرض احدهما من الدراهم يكون دين شريكه ايضاً بالاشتراك

يعني ان احد الشريكين لا يملك اقراض شيء من مال الشركة — الا باذن شريكه اذناً صريحاً فيه حتى لو قال اعمل برأيك لا يكفي كما سيأتي في المادة ١٣٨٣ . اما الاستقراض فكل واحد منهما يملكه لانه تمليك مال بمال فكان بمنزلة الصرف هذا ما ذكره في رد المحتار عن محيط السرخسي حيث قال : لو استقرض احدهما مالاً لزمهما لان الاستقراض ، تجارة ومبادلة معنى لانه يملك المستقرض ويلزمه رد مثله فشابه المصارفة او الاستعارة وايهما كان نفذ على صاحبه اه قال ومثله في الولوالجية وكذا في الخانية من فصل في شركة العنان . ثم استدرك على هذا بما في الخانية ايضاً : قال احد شريكي العنان اني استقرضت من فلان الف درهم للتجارة ، لزمه خاصة دون صاحبه ، لان قوله لا يكون حجة لالزام الدين عليه . وان أمر احدهما صاحبه بالاستدانة لا يصح الامر ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على صاحبه لان التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لانه توكيل بالتكدي . ثم قال ويظهر لي من هذا ان في المسئلة قولين . احدهما ما مر عن المحيط من ان لكل من شريكي العنان الاستقراض لانه تجارة اي مبادلة معنى . والثاني عدم الجواز ولو بصريح الاذن وهو الصحيح لموافقته لقولهم ان التوكيل بالاستقراض باطل . ويتفرع على ذلك ، انه لو استقرض ولو بالاذن وهلك القرض ، يهلك عليهما على القول الاول وعلى الثاني يهلك على المستقرض اه مختصراً

اقول التوفيق بين عبارتي الخانية وعبارتي الولوالجية والمحيط ممكن لمن تدبر وتأمل وكيفما كان الحال فهذه المادة صريحة باختيار القول الاول فكان عليه المعول . ثم هذا اذا علم الاستقراض بالبينة او باعتراف الشريك الآخر . اما اذا قال استقرضت الفاً ولم يعلم ذلك الا بقوله ، فان كان مال الشركة في يده صدق بيمينه فانه حينئذ امين ادعى ان الالف حق الغير كما في الدر وحواشيه والا فلا

يصدق الا ببينة لان قوله لا يكون حجة لالزام الدين عليه كما تقدم عن الخانية وكذا لو قال لي في هذا المال الذي في يدي كذا يقبل ايضاً كما يقبل انه للغير كما في رد المحتار عن الرملي

المادة ١٣٨١ - ✻ اذا ذهب احد الشريكين الى ديار اخرى لاجل امور الشركة يأخذ مصرفه من مال الشركة ✻

يعني ان ما ينفقه على نفسه من كرائه ونفقته وطعامه وادامه من جملة رأس المال في رواية الحسن عن ابي حنيفة قال محمد وهذا استحسان فان ربح تحسب النفقة من الربح وان لم يربح كانت من رأس المال رد المحتار عن الخانية وذكر في الهندية انه لو خرج الى موضع يمكنه ان يبيت في اهله لا تحسب من مال الشركة اه اي الا ان يأذن له الشريك الآخر كما هو ظاهر

المادة ١٣٨٢ = ✻ اذا فوض احد الشريكين امور الشركة الى رأي الآخر قايلاً اعمل برأيك او اعمل ما تريد فله ان يعمل كل شيء من توابع التجارة فيجوز له رهن مال الشركة والارتهان لاجلها والسفر بمال الشركة وخلط مال الشركة بماله وعقد الشركة مع آخر لكن لا يجوز له اتلاف المال ولا التمليك بغير عوض الا بصريح اذن شريكه مثلاً لا يجوز له ان يقرض من مال الشركة ولا ان يهب منه الا بصريح اذن شريكه ✻

لما في الدر عن السراج اذا قال له اعمل برأيك فله كل التجارة الا القرض

والهبة — وما كان اتلافاً للمال او تمليكاً بغير عوض ، فانه لا يجوز ما لم ينص عليه صريحاً ومثله في البحر وغيره . قيد بالتفويض لانه بمجرد كون الشركة مطلقة لا يملك شريك العنان شيئاً مما ذكر ، لان الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها كما في الدر والمراد بتوابعه ، ما جرت فيه عادة التجار كالاعارة والايداع كما تقدم في المادة (١٣٧٩) وشرحها فلو رهن احدهما بدين عليهما عيناً من مال الشركة لم يجز وضمن ، ولو ارتهن بدين لهما لم يجز على شريكه فان هلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ، ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن في يده كالاستيفاء كذا في رد المحتار .

اقول : وهذا اذا لم يكن المرتهن وليَ عقد الدين بنفسه او امر من يليه والا كان له الارتهان كما ان له الرهن اذا كان هو العاقد في موجب الدين او امر شريكه بذلك كما في الهندية عن السراج والمحيط وفي رد المحتار عن الخانية : ولو شارك احد شريكي العنان شركة عنان مع آخر فما اشتراه الشريك الثالث كان نصفه له ونصفه بين الشريكين وما اشتراه الذي لم يشارك فهو بينه وبين شريكه نصفين ولا شيء منه للشريك الثالث اه

المادة ١٣٨٣ = ✻ اذا نهى احد الشريكين الآخر بقوله لا تذهب بمال الشركة الى ديار اخرى ولا تبع المال نسيئة فلم يسمع وذهب الى ديار اخرى او باع نسيئة يضمن حصة شريكه من الخسار الواقع ✻

اعم من هذا ما قدمناه في شرح المادة (١٣٧٩) عن الفتح من ان كل ما كان لاحدهما فعله فاذا نهاه عنه شريكه لم يكن له فعله اه . وظاهر قوله اذا نهى الخ ،

ان التنصيص على المكان بلا نهي لا يكون تقييداً وعبارة البزازية : التقييد بالمكان صحيح — حتى لو قال اخرج الى خوارزم ولا تجاوزه صح فلو جاوزه ضمن وفي الجوهرة من المضاربة : والفاظ التخصيص والتقييد ان يقول خذ هذا مضاربة بالنصف على ان تعمل به في الكوفة — اما اذا قال واعمل به في الكوفة بالواو ولا يكون تقييداً ، فله ان يعمل في غيرها لان الواو حرف عطف ومشورة وليست من حروف الشرط اه — فافاد ان مجرد التنصيص لا يكفي بل لا بد من امر يفيد التقييد كالشرط وكالنهي كذا في رد المحتار . وفي الدر عن البحر قد وقع حادثتان الاولى نهاه عن البيع نسيئة فباع فأجبت بنفاذه في حصته وتوقفه في حصة شريكه فان اجاز فالربح لهما . الثانية نهاه عن الاخراج فخرج . ثم ربح فاجبت انه غاصب حصة شريكه بالاخراج فينبغي ان لا يكون الربح على الشرط اه . قال في رد المحتار قوله بالاخراج فيه نظر ، ففي مضاربة الجوهرة وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه او في سلعة بعينها لم يجز ان يتجاوز ذلك فان خرج الى غير ذلك او دفع المال الى من اخرجه ، لا يكون مضموناً عليه بمجرد الاخراج حتى يشتري به خارج البلد فان هلك المال قبل التصرف ، فلا ضمان عليه وكذا لو اعاده الى البلد عادت المضاربة كما كانت على شرطها ، وان اشترى به قبل العود صار مخالفاً ضامناً ويكون ذلك له ، لانه تصرف بغير اذن صاحب المال فيكون له ربحه وعليه وضيعته لا يطيب له الربح عندهما خلافاً لابي يوسف . وان اشترى ببعضه واعاد بقيته الى البلد ضمن قدر ما اشترى به ولا يضمن قدر ما اعاد اه . والظاهر ان الشركة كذلك اه . اقول يمكن دفع النظر بالفرق بين النهي الصريح عن الاخراج كما هو موضوع كلام البحر وبين تخصيص التصرف في بلد بعينه كما هو موضوع كلام الجوهرة فتأمل

المادة ١٣٨٤ — ✱ اقرار احد الشريكين شركة عنان بدين في معاملاتهما لا يسري على الآخر فاذا اقر بأن هذا الدين انما لزم بعقده ومعاملته خاصة يكون ايفاؤه بتمامه لازماً عليه وان اقر بأنه دين لزم

من معاملتهما معاً يكون لازماً عليه تأدية نصفه وان اقر بأنه دين لزم من معاملة شريكه خاصة فلا يلزمه شيءٌ ✻

لا ينافي هذا ما في الدر تصرف احد الشريكين في البلد والآخر في السفر فقال ذو اليد قد استقرضت الفاً فالقول له ان المال في يده اه وعزاه في حاشية رد المحتار الى الجواهر ، لان ما لزمه من الدين الذي اقرانه ولي عقده ، موجبه بنفسه اذا قال وضعته في مال الشركة وكان مال الشركة في يده فيصدق بيمينه لانه امين ولو قال لي في هذا المال الذي في يدي كذا فيصدق كما يصدق انه للغير كما في شرح المادة ١٣٨٠ واما ما ذكره في الدر ايضاً عند قول التنوير لا يصح اقراره بدين من انه لو اقر بجارية في يده من الشركة انها لرجل لم يجز في حصة شريكه ، فمحمول على ما اذا علم ببينة او اقرانها من المال المشترك بينهما فانه حينئذ لا يصدق على شريكه بل اقراره يقتصر عليه هذا ما استظهره في رد المحتار وأمر باغتنامه فتدبره

- المبحث الثاني -

✻ في بيان مسائل عايدة الى شركة الاعمال ✻

وتسمى ايضاً شركة التقبل وشركة الصنائع وشركة الابدان كما تقدم في المادة ١٣٣٢

المادة ١٣٨٥ - ✻ شركة الاعمال عبارة عن عقد شركة على تقبل الاعمال فالاجيران المشتركان يعقدان الشركة على تعهد والتزام العمل الذي يطلب ويكلف من طرف المستأجرين سواء كانا متساويين

او متفاضلين في ضمان العمل يعني سواء عقد الشركة على تعهد العمل وضمانه متساويا او شرطا ثلث العمل مثلاً لاحدهما والثلث للآخر ✻

هذا اذا كانت شركتهما عناناً فلو كانت مفاوضـة فلا بد من ان يكونا متساويين بالفائدة والضرر كما تقدم في المادة ١٣٥٩

واستفيد من قوله عبارة عن عقد شركة الخ ، انه لا بد من العقد اولا بأن يتفقا على الشركة ، لما في شركة الدر قبيل الفروع لو تقبل ثلاثة عملاً بلا عقد شركة فعمله احدهم فله ثلث الأجر ولا شيء للآخرين قال في حاشية رد المحتار لان المستحق على كل منهم ثلثه بثلث الآخر فاذا عمل احدهم الكل صار متطوعاً في الثلثين فلا يستحق الأجر حلبي عن البحر قال ابن وهبان هذا في القضاء اما في الديانة فينبغي ان يوفيه بقية الاجرة لان الظاهر من حال العامل انه انما عمل الجميع على ظن انه يعطيه جميع الاجرة فلا ينبغي ان يخيب ظنه اه

واستفيد من قوله على تقبل الاعمال انه لا بد من ان يكون عقـد الشركة على تقبلها لما في البحر عن القنية : اشترك ثلاثة من الحمالين على ان يملأ احدهم الجوالق ويأخذ الثاني فمها ويحملها الثالث الى بيت المستأجر والأجر بينهم بالسوية فهي فاسدة قال فسادها لهذه الشروط فان شركة الحمالين صحيحة اذا اشتركوا في التقبل والعمل جميعاً اه اي وهنا لم يذكر التقبل اصلاً بل مجرد العمل مقيداً على كل واحد بنوع منه اه وتمامه فيما كتبناه في شرحي المادة ١٣٤٦ والمادة ١٣٣٢ فليراجـع

واستفيد من اطلاق الاعمال انه لا يلزم اتحاد الصنعة والمكان — حتى لو اشترك خياط وصباغ تصح الشركة كما تقدم في المادة (١٣٣٢) لان المعنى المجوِّز للشركة المذكورة من كون المقصود تحصيل الربح لا يتفاوت بين كون العمل في دكانين او دكان وكون العمل من اجناس او جنس افاده في رد المحتار وافاد في الدر وحواشيه ان المراد من الاعمال ، اعمال يمكن ان يستحقها المستأجر بعقد الاجارة ، ومنه تعليم كتابة وقرآن وفقه على المفتى به — بخلاف شركة

الدلالين فان عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الاجارة — حتى لو استأجر دلالاً يبيع له ويشتري ، فالاجارة فاسدة اذا لم يبين له اجلاً . ومنها شركة المغنين وشهود الحاكم لان الغناء حرام ولا يصح الاستئجار على الشهادة . ومنها شركة قراء المجالس والتعازي لان عادتهم القرائة بصوت واحد يشتمل على التمطيط وعلى قطع بعض الكلمات ، ولانه استئجار على القرائة المجردة والذي اجازه المتأخرون انما هو الاستئجار على التعليم ومن ذلك شركة الوعاظ فيما يحصل لهم بسبب الوعظ — وكذا شركة الشحاذين لان التوكيل في ذلك لا يصح وما لا تصح فيه الوكالة لا تصح فيه الشركة اه

المادة ١٣٨٦ — * يجوز لكل واحد من الشريكين تقبل العمل وتعهده ويجوز ايضاً ان يتقبل واحد وآخر يعمل ويجوز ايضاً للخياطين المشتركين شركة صنايع ان يتقبل احدهما المتاع و يقصه والآخر يخيطه *

يعني كما انه يجوز ان يعقد الشركة على ان يتقبل كل منهما العمل يجوز ان يعقداها على ان يتقبل احدهما ويعمل الآخر وعلى ان يكون التقبل وبعض العمل من احدهما وباقيه من الآخر — ثم بعد هذا من شرط عليه العمل لو تقبل جاز ومن شرط عليه التقبل لو عمل جاز ، ومن شرط عليه بعض العمل لو تقبل وعمل الكل جاز — لكن هذا اذا كان عقد الشركة خالياً عن نفي التقبل عن احدهما والا بان اشترط على احدهما ان لا يتقبل تفسد الشركة . قال في رد المحتار ان شرط الصحة ، عدم نفي التقبل عن احدهما لا التنصيص على تقبل كل منهما ولا على عملهما لانه اذا اشتركا على ان يتقبل احدهما او يعمل الآخر بلا نفي كان لكل منهما التقبل والعمل لتضمن الشركة الوكالة قال في البحر . وحكمها ان يصير كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بتقبل الاعمال . والتوكيل به جايز سواء كان الوكيل

يحسن مباشرة ذلك العمل او لا اه . ما في رد المحتار وقدمنا هـذا في شرح المادة (١٣٤٦)

المادة ١٣٨٧ = ✱ كل واحد من الشريكين وكيل الآخر في تقبل العمل فالعمل الذي يتقبله احدهما يكون ايفاؤه لازماً عليه وعلى شريكه ايضاً فعنان شركة الاعمال في حكم المفاوضة في ضمان العمـل حيث ان العمل الذي تقبله احد الشريكين يطلب المستأجر ايفاءه من ايهما اراد وكل واحد من الشريكين يكون مجبوراً على ايفاء العمل فليس لاحدهما ان يقول هذا العمل تقبله شريكي فانا لا اخالطه ✱

المادة ١٣٨٨ - ✱ عنان شركة الاعمال في حكم المفاوضة في اقتضاء البدل ايضـاً يعني انه يجوز لكل واحد من الشريكين مطالبة المستأجر بتمام الاجر واذا دفعه المستأجر ايضاً الى اي منهما بريء ✱

ما ذكر في هاتين المادتين من الاحكام هو الاستحسان والقياس ان لا يطالب احد الشريكين بعمل تقبله الآخر، وان لا يسوغ لمن لم يتقبل العمل منهما ان يطالب المستأجر بتمام الاجرة ، وان لا يبرأ المستأجر بتمام الاجرة للشريك الذي لم يتقبل العمل، لان هذه الاحكام من مقتضيات المفاوضة لتضمنها الكفالة دون العنان . وجه الاستحسان ما ذكره في الدرر من ان هذه الشركة مقتضية لوجوب العمل في ذمة كل منهما ولهذا يستحق الأجر بسبب نفاذ تقبله عليه فجرى مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل اه .

وتوضيح اقتضائها لوجوب العمل في ذمة كل منهما ، ما ذكره الزيلعي من ان العمل هنا كالثمن في الشركة في المال فكما يرجع الشريك على شريكه بثمن

ما اشتراه لتجارتهما فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا قبل العمل لانه لو اخر الى ما بعده اسقط حقه في الرجوع اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه — بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى في هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة في الضمان اه وكذا في اقتضاء البدل

واما توجيه الاستحسان الذي نقله الشارح اللبناني عن مجمع الأنهر من ان هذه الشركة مقتضية للضمان اي ضمان العمل على كل منهما ، ففيه مصادرة على المطلوب بالنسبة الى الحكم المذكور في المادة السابقة لانه استدلال بما هو عين المدعي فتدبره فانه دقيق

ثم في غير هذه الاحكام الثلاثة المذكورة في هاتين المادتين تعتبر عنانا في جميع الاحكام — حتى لو اقر احدهما بدين من ثمن صابون او اشنان مستهلك او عمل من اعمال النقلة او اجر اجير او اجرة بيت لمدة مضت لم يصدق على صاحبه الا ببينة ويلزمه خاصة اه هندية . قال في البحر وتقييده بالاستهلاك وبمضي المدة ، للاحتراز عما اذا كان المبيع لم يستهلك ومدة الاجارة لم تمض فانه يلزمهما كما في المحيط اه

﴿ تنبيه ﴾

في الهندية ما نصه : رجل سلم ثوبا الى خياط ليخيطه بنفسه وللخياط شريك في الخياطة مفاوضة فلصاحب الثوب ان يطالب بالعمل ايهما شاء ما بقيت المفاوضة بينهما واذا تفرقا او مات الذي قبض الثوب لم يؤاخذ الآخر بالعمل كذا في المبسوط وهذا بخلاف ما لو لم يشترط عليه ان يخيطه بنفسه ثم افترقا فانه يؤاخذ الشريك الآخر بالخياطة كذا في الظهيرية اه وينبغي ان يكون الحكم كذلك في المسئلتين اذا كانت الشركة عنانا لان عنان التقبل لها حكم المفاوضة من حيث مطالبة ايهما شاء بالعمل وقد اختصر الشارح اللبناني عبارة الهندية المذكورة اختصاراً مخلاً فليتنبه له

المادة ١٣٨٩ — ﴿ لا يجبر احد الشريكين على ايفاء ما تقبله من

العمل بالذات بل ان شاء يعمله بيده وان شاء يعطيه الى شريكه او الى آخر لكن ان شرط المستأجر عمله بالذات يلزمه حينئذ راجع المادة ٥٧١ ✻

حتى لو اعطاه الى شريكه او الى آخر فتلف ضمنه كما افادته المادة المذكورة اي لتعديه بالدفع ولو اوفى الشريك العمل وسلمت، فلا اجر له لان المستأجر قد استوفى غير العمل المعقود عليه وليس لمن عمل، على المستأجر شيء لعدم العقد بينهما اصلاً كما ذكرناه في شرح المادة المذكورة وتمامه فيها. واذا كان الشرط على الخياط انه يخيطه بنفسه لا يطالب الآخر بحكم الكفالة كما في الخانية قال في البحر: وبه علم ان قولهم ما لزم احدهما من العمل يلزم الآخر، مقيد بما اذا لم يشترط المستأجر عمله بنفسه اه

المادة ١٣٩٠ — ✻ يقسم الشركاء الربح بينهم على الوجه الذي شرطوه يعني ان شرطوا تقسيمه متساوياً يقسموه متساوياً وان شرطوا تقسيمه متفاضلاً كالثلث والثلثين مثلاً يقسم حصتين وحصة ✻

المادة ١٣٩١ = ✻ اذا شرط التساوي في العمل والتفاضل في الكسب كان جايزاً مثلاً اذا شرط الشريكان ان يعملا متساوين وان يقسما الكسب بينهما حصتين وحصة كان جايزاً لانه يجوز ان يكون احدهما امهر في صنعته واصنع في العمل ✻

هذا استحسان والقياس ان لا تجوز الشركة لأن الضمان بقدر ما شرط عليه

من العمل فالزيادة عليه ربح ما لم يضمن فلم يجز العقد كما في شركة الوجوه . وجه الاستحسان ان ما يأخذه ليس ربحاً لأن الربح انما يكون عند اتحاد الجنس وهنا رأس المال عمل والربح مال فلم يتحد الجنس فكان ما يأخذه بدل العمل . والعمل يتقوم بالتقويم اذا رضيا بقدر معين فيقدر بقدر ما قوم به فلم يؤد الى ربح ما لم يضمن — بخلاف شركة الوجوه حيث لا يجوز فيها التفاوت في الربح عند التساوي في المشترى لان جنس المال وهو الثمن الواجب في ذمتهما ، متحد والربح يتحقق في الجنس المتحد فلو جازت زيادة الربح لكان ربح ما لم يضمن كذا في رد المحتار . ولو شرطا اكثر الربح لادناهما عملاً فالاصح الجواز ولو اشتركا واشترطا الكسب بينهما اثلاثاً ولم يبينا العمل ، فهو جائز ويكون التنصيص على التفاضل بياناً للتفاضل في العمل هندية

المادة ١٣٩٢ — ﴿ الشريكان في ضمان العمل يستحقان الاجرة فاذا عمل احد الشريكين وحده والآخر لم يعمل كما لو مرض او ذهب الى محل آخر او جلس بطالاً يقسم الربح والاجرة بينهما على الوجه الذي شرطاه ﴾

يعني لا فرق في ذلك بين ان يكون عدم العمل من الآخر لعذر او لغير عذر كما لو امتنع عنه بغير عذر لان العقد لا يرتفع بمجرد امتناعه واستحقاقه الربح بحكم الشرط في العقد لا العمل بحر

المادة ١٣٩٣ - ﴿ اذا تلف او تغيب المستأجر فيه بصنع احد الشريكين يكون ضامناً بالاشتراك مع الشريك الآخر والمستأجر يضمن ماله ايا شاء منهما ويقسم هذا الخسار بين الشريكين على مقدار

الضمان مثلاً اذا عقدا الشركة على تقبل الاعمال وتعهدها ثلثين وثلثاً يقسم الخسار ايضاً حصتين وحصة ❋

لان الوضيعة بمعنى الخسران لا تكون بينهما الا على قدر الضمان — حتى لو كانا اشترطا أن ما تقبلاه من شيء فثلثاه على احدهما بعينه وثلثه على الآخر والوضيعة نصفان ، فالقبالة على ما شرطا واشتراطهما الوضيعة باطل وهي على قدر ما اشترطا على كل واحد منهما من القبالة . ثم ان صاحب العمل يطالب ايهما شاء بجميع ذلك ان كانت شركتهما مفاوضة ومتى كانت عناناً فانما يطالب به من باشر السبب دون صاحبه بقضية الوكالة الكل من الهندية

المادة ١٣٩٤ = ❋ عقد شركة الحمالين على التقبل والعمل على الاشتراك صحيح

بخلاف ما اذا اشتركا في العمل فقط فان الشركة لا تصح كما تقدم في شرح المادة ١٣٨٥ وبخلاف شركة الدلالين لان عمل الدلالة لا يمكن استحقاقه بعقد الاجارة كما تقدم في شرح المادة المذكورة — اما عمل التحميل فانه يستحق به وفي الهندية : فيجنان اشتركا في نقل كتب الحاج على ان ما رزقهما الله تعالى فيه فبينهما نصفان فهذه الشركة جايزة كذا في القنية اه . والمراد اشتركا في تقبل نقل كتب الحاج . ثم رأيت في البحر نقلها عن القنية بلفظ تقبل بدل قوله نقل وهي النسخة الصحيحة تأمل . والفيجنان تثنية فيجن كحيدر هو المنحي عن وطنه والمراد به ما يسمونه الكتّاب في زماننا والجوخدار

المادة ١٣٩٥ — ❋ اذا عقد الشركة اثنان بان يتقبلا العمل على

ان الدكان من احدهما والآلات والادوات من الآخر يصح ✱

سواء شرطا العمل عليهما او على صاحب الادوات والقياس ان لا تصح في الثانية لان من احدهما العمل ومن الآخر الحانوت واستحسن جوازها لان المشترك فيه في شركة التقبل انما هو العمل كما تقدم عن النهر في شرح المادة (١٣٣٢) . والتقبل من صاحب الحانوت عمل بخلاف ما لو اشتركا على ان من احدهما اداة القصارة والعمل من الآخر فانها تفسد ويكون الربح للعامل وعليه اجر مثل الاداة كما في البحر لما علمت من ان المشترك فيه هو العمل ولا عمل من صاحب الاداة وليس بذي دكان ليكون تقبله عملاً هذا ما يفهم من كلامهم

المادة ١٣٩٦ — ✱ اذا عقد اثنان شركة الصنايع على ان الدكان من احدهما ومن الآخر العمل يصح ✱

لما علمت من ان التقبل من صاحب الدكان عمل فقد حصل العمل المشترك فيه من كل منهما .

المادة ١٣٩٧ — ✱ اذا عقد اثنان شركة الاعمال ولأحدهما بغل وللآخر جمل على تقبل وتعهد نقل الحمولة متساوياً يصح ويقسم الكسب الحاصل والأجرة بينهما مناصفة ولا ينظر الى زيادة حمل الجمل لان استحقاق البدل في شركة الاعمال يكون بضمان الشريكين العمل — لكن اذا لم يعقدا الشركة على تقبل العمل بل على ايجار البغل والجمل عيناً وتقسيم الاجرة الحاصلة بينهما فالشركة فاسدة واي يؤجر

من بغل او جمل تكون اجرته عايدة لصاحبه لكن اذا اعان احدهما الآخر في العمل والنقل يأخذ اجر مثل عمله ✵

حاصل المسئلة انه اذا اشترك صاحب البغل مع صاحب الجمل على تقبل الحمل متساويًا وتقبلا حمولة معلومة باجرة معلومة وحملا على البغل والجمل اللذين اضافا عقد الشركة اليهما ، صحت الشركة وكانت الاجرة بينهما نصفين ، لان سبب وجوب الاجر هاهنا تقبل الحمل وقد استويا في ذلك ، ولا تعتبر زيادة حمل الجمل على حمل البغل كما لا يعتبر في شركة التقبل زيادة عمل احدهما — كصباغين لاحدهما آلة الصبغ وللآخر بيت يعمل فيه بخلاف ما اذا لم يعقداها على تقبل الحمل — بل على ان يؤجر الدابتين والأجر يكون بينهما فان الشركة تكون فاسدة لانها في معنى قول كل منهما للآخر بع منافع دابتك ودابتي على ان يكون الثمن بيننا . ثم ان آجراهما بأجر معلوم صفقة واحدة في عمل معلوم ، قسم الأجر على مثل اجر الجمل ومثل اجر البغل فلو الجمل يوجر بضعف ما يوجر به البغل مثلاً فلصاحب الجمل ثلثا الأجرة ولصاحب البغل ثلثها ، وان آجر كل واحد دابته وشرطا عملها فيها او عمل احدهما من السوق والحمل وغير ذلك كان الأجر مقسومًا بينهما على قدر اجر مثل دابتهما وعلى مقدار اجر عملهما كما قبل الشركة افاده في رد المحتار .

✵ تنبيهات ✵

الاول ان التقييد في هذه المادة بكونها عقدا الشركة على التساوي ، تنصيص على المتوهم كما يشير الى ذلك قوله : ولا ينظر الى زيادة حمل الجمل الخ ، فلو اشترطا التفاضل في الكسب الحاصل يصح ايضًا ويقسم على ما شرطا كما تقدم التصريح به في المادة (١٣٩١) .

الثاني يستفاد من كلام رد المحتار المار ان الكسب الحاصل انما يقسم بينهما نصفين فيما اذا عقدا شركة التقبل على التساوي اذا تقبلا حمولات معلومة بأجرة معلومة اما اذا آجر البغل والجمل باجرة معلومة يقسم الآجر على اجر مثل كل من البغل والجمل وان كان عقد الشركة على التقبل ، لان الكسب لم يحصل بسبب التقبل

حتى يكونا فيه متساويين بل بسبب ايجار الدابتين وهما فيهما غير متساويين — وكذا اذا اجر البغل وحده او الجمل وحده يكون كل الاجر لصاحبه ولو اعانه الآخر على التحميل والنقل كان له اجر مثله وهو الذي يفيده ايضاً كلام الفتح فليراجع وليحفظ

الثالث قال في رد المحتار، لم يذكروا ما لو كانت الدابة بين اثنين دفعها احدهما للآخر على ان يؤجرها ويعمل عليها على ان ثلثي الاجر للعامل والثلث للآخر وهي كثيرة الوقوع ولا شك في فسادها لان المنفعة كالعروض لا تصح فيها الشركة وحينئذ فالاجر بينهما على قدر ملكهما وللعامل اجر مثل عمله ولا يشبه العمل في المشترك — حتى نقول لا اجر له لان العمل ، فيما يحمل وهو لغيرهما تأمل وتمامه في حواشي المنح للرملي ويأتي قريبا ما يؤيده اه قلت ومراده بما يأتي هو ما قدمناه عنه في مسئلة ما لو كان لاحدهما بغل وللآخر بعير من انه لو أجر كل واحد منهما دابته وشرطا عملها او عمل احدهما الخ . ا نقدم قبيل التنبيهات

الرابع ظاهر اطلاق اجر المثل المذكور آخر هذه المادة انه يجب على صاحب الدابة بالغاً ما بلغ وهذا قول محمد رحمه الله تعالى وفي قول ابي يوسف يجب للذي اعان أجر مثله لا يجاوز به نصف الاجر الحاصل صرح به في الخانية وقد ذكر في التنوير وغيره الخلاف المذكور ، فيما لو اشتركا في نحو احتطاب حيث قال . وما حصله احدهما باعانة صاحبه ، فله ولصاحبه اجر مثله بالغاً ما بلغ عند محمد وعند ابي يوسف لا يجاوز نصف ثمن ذلك اه وهناك ذكر في الدر وحاشيته رد المحتار ما يفيد ترجيح قول محمد وهو يفيد ترجيحه ايضاً في مسئلتنا لعدم الفرق بين المسئلتين ولذا اطلقت المجلة اجر المثل في هذه المادة

المادة ١٣٩٨ = ❋ اذا عمل شخص في صنعة هو وابنه الذي في عياله فجميع الكسب لذلك الشخص وولده يعد معيناً له كما اذا اعان شخصاً ولده الذي في عياله حال غرسه شجرة فتلك الشجرة للشخص ولا يكون ولده مشاركاً له فيها ❋

قال في الفتاوي الخيرية قول علمائنا ابٌ وابن يكتسبان في صنعة واحدة ولم يكن لهما شيء ثم اجتمع لهما قال يكون كله للأب اذا كان الابن في عياله ، هو مشروط كما يعلم من عبارتهم بشروط . منها اتحاد الصنعة وعدم مال سابق لهما ، و كون الابن في عيال ابيه فاذا عدم واحد منها لا يكون كسب الابن للاب وانظر الى ما عللوا به المسئلة من قولهم لان الابن اذا كان في عيال ابيه يكون معيناً له فيما يصنع فمدار الحكم على ثبوت كونه معيناً له فيه فاعلم ذلك اه وأجاب عن سئوال آخر بقوله حيث كان من جملة عياله والمعينين له في اموره واحواله فجميع ما حصله بكده وتعبه هو ملك خاص لابيه لا شيء له فيه حيث لم يكن له مال لانه في ذلك لابيه معين حتى لو غرس شجرة في هذه الحالة فهي لابيه اه

واجاب ايضاً عن سئوال آخر بقوله : ان ثبت كون ابنه واخويه عائلة عليه وأمرهم في جميع ما يفعلونه اليه وهم معينون له فالمال كله له والقول قوله بيمينه فيما لديه فليتق الله فالجزاء امامه و بين يديه . وان لم يكونوا بهذا الوصف بل كان كل مستقلا بنفسه واشتركوا في الاعمال فهو بين الاربعة بلا اشكال وان كان ابنه فقط هو المعين والاخوة الثلاثة بانفسهم مستقلين فهو بينهم اثلاثاً بيقين والحكم دائر مع علته باجماع اهل الدين الحاملين لحكمته اه . اقول . استفيد من كون مدار الحكم على ثبوت كون الابن معيناً لابيه انه ليس المراد باتحاد الصنعة ، اتحادها نوعاً بل المراد ان يعملا بها يداً واحدة ويكون الكسب الحاصل غير متميز — حتى لو كان كل منهما حداداً مثلاً الا ان كلاً منهما يعمل في دكان له على حدة وامر الابن في عمله ليس عائداً لابيه لا يكون معيناً له وان كان في عياله بل يكون كسبه له خاصة . وافاد قوله هنا ، اذا عمل شخص الخ — و كذا قولهم ابٌ وابن يكتسبان الخ ، انه لو لم يكن للاب عمل ولا كسب بل العمل والكسب للابن يكون المال المتحصل للابن خاصة لان الاب حينئذ في عيال ابنه وهو ظاهر . ثم رأيت التصريح في الخانية وفي رد المحتار عن الخيرية : في زوج امرأة وابنها اجتمعا في دار واحدة واخذ كل منهما يكتسب على حدة ويجمعان كسبهما ولا يعلم التفاوت ولا التساوي ولا التمييز فاجاب بانه بينهما سوية و كذلك لو اجتمع اخوة يعملون في تركة ابيهم ونما المال فهو بينهم سوية ولو اختلفوا في العمل والرأي اه

والظاهر ان الابن مع ابيه اذا كان يكتسب كل واحد منهما على حدة ، كذلك لما في رد المحتار من ان هذا في غير الابن مع ابيه لما في القنية : الاب وابنه يكتسبان في صنعة واحدة ولم يكن لهما شيء فالكسب كله للاب ان كان الابن في عياله لكونه معيناً له اه ، فيه نظر فان ما في الخيرية : ان كلا منهما يكتسب على حدة وما نقله عن القنية ان الاب وابنه يكتسبان في صنعة واحدة فلا يدل على مدعاه اذ قد علمت ان الابن اذا كان كسبه على حدة يكون كسبه له لا لأبيه فلا فرق اذاً بين المسئلتين ونقل بعد ذلك عن القنية ايضاً خلافاً في المرأة مع زوجها اذا اجتمع بعملها اموال كثيرة فقيل هي للزوج وتكون المرأة معينة له — الا اذا كان لها كسب على حدة فهو لها وقيل بينهما نصفان اه والظاهر ترجيح الاول لما قدمناه عن الخيرية من ان الاخوين قد يكونان معينين لاخيهما الكبير فكون المرأة معينة لزوجها في عملها معه اولى . ثم نقل عن الخانية ما نصه : زوج بنيه الخمسة في داره وكلهم في عياله واختلفوا في المتاع فهو للاب وللبنين الثياب التي عليهم لا غير فان قالوا هو او امرأته بعد موته ان هذا استفدناه بعد موته فالقول لهم وان اقروا انه كان يوم موته فهو ميراث من الاب اه

= المبحث الثالث =

✵ في بيان مسايل عائدة الى شركة الوجوه ✵

انما سميت بذلك لان من لا مال له لا يبيعه نسيئة الا اذا كان له جاه ووجاهة وقيل لانها تبتذل فيها الوجوه لعدم المال ويقال لها شركة المفاليس افاده في رد المحتار . وهي ان يعقداها على ان يشتريا نوعاً خاصاً او اي نوع كان بالنسيئة بوجوههما ويبيعاه نقداً او نسيئة فما يحصل بالبيع يدفعان منه ثمن مشريهما وما بقي ربحاً يكون بينهما وتكون عناناً ومفاوضة كما تقدم

المادة ١٣٩٩ - ✻ كون حصة الشريكين على التساوي في المال المشترى ليس بشرط مثلاً كما يجوز كون ما اخذاه من المال بينهما على المناصفة يجوز ايضاً ان يكون ثلثين وثلثا ✻

هذا اذا كانت عناناً فلو عقداها مفاوضة وكانا من اهل الكفالة فيشترط تساويهما في ثمن ما اشترياه وفي الربح ومتى فقد منها شرط صارت عناناً وكذا اذا اطلقت كانت عناناً كما في الدر وحواشيه

المادة ١٤٠٠ - ✻ استحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان ✻

اذ لا مال من كل منهما ولا عمل وقد تقدم في المادة (١٣٤٧) وشرحها ان الربح لا يستحق الا باحدى ثلاثة المال او العمل او الضمان والمراد بالضمان ضمان ثمن ما يشتريانه بوجوههما .

المادة ١٤٠١ . ✻ ضمان ثمن المال المشترى يكون بالنظر الى حصة الشريكين فيه ✻

هذه المادة وما قبلها ذكرتا تمهيداً وتعليلاً للمادة الآتية :

المادة ١٤٠٢ = ✻ تكون حصة كل واحد من الشريكين في الربح بقدر حصته في المال المشترى واذا شرط لواحد زيادة عن

حصته في المال المشترى يكون الشرط لغواً و يقسم الربح بينهما على مقدار حصتهما من المال المشترى مثلاً اذا شرط كون الاشياء المأخوذة بينهما مناصفة يكون الربح ايضاً مناصفة وان شرط كونها ثلثين وثلثاً كان الربح ايضاً ثلثين وثلثاً لكن في حال مشروطية الاشياء على النصفية اذا شرطا تقسيم الربح ثلثين وثلثاً فهذا الشرط لا يعتبر ويقسم الربح مناصفة ✻

يعني اذا علمت ان استحقاق الربح في الوجوه انما هو بالضمان وان ضمان ثمن المشترى يكون بالنظر الى حصة الشريكين ، فيه تعلم ان تقسيم الربح بينهما لا يجوز الاّ على مقدار حصتهما فيه والاّ ادى الى استحقاق ربح ما لم يضمن وهو حرام لنهي النبي عليه الصلاة والسلام ، وهذا بخلاف شركة العنان في الاموال فان التفاضل في الربح فيها مع التساوي في المال ، صحيح لانها في معنى المضاربة من حيث ان كلاً منهما يعمل في مال صاحبه فجازت كما جازت المضاربة على خلاف القياس وليست العنان في شركة الوجوه ، بمعنى المضاربة اذ لا يعمل في مال معين . وتعيين المال هو المجوز للمضاربة وبخلاف العنان في شركة التقبل فانه يجوز فيها التفاضل كما تقدم لان المأخوذ فيها ليس بربح بل اجرة عمل كما مر اه ملخصاً من الهداية والزيلعي ورد المحتار .

المادة ١٤٠٣ = ✻ يقسم الضرر والخسار في كل حال على مقدار حصة الشريكين في المال المشترى سواء باشرا عقد الشراء بالاتحاد او باشره احدهما وحده مثلاً الشريكان شركة الوجوه في صورة خسارهما في الأخذ والعطاء اذا عقدا الشركة على النصفية بينهما في

المال المشترى يقسم الخسار بينهما على التساوي وان عقدا الشركة على كون الحصة ثلثين وثلثا في المال المشترى يقسم الخسار ايضاً ثلثين وثلثا سواء اشتريا المال الذي خسرا فيه بالاتحاد او اشتراه احدهما لاجل الشركة ✻

لان شراء احدهما وحده لاجل الشركة كشرائهما معاً لما علمت من ان جميع انواع شركة العقد تتضمن الوكالة وحيث تقدم في المادة (١٤٠١) ان ضمان ثمن المشترى بقدر الملك يكون الحكم كذلك — حتى لو شرطا التفاوت في الخسارة يكون الشرط لغواً كما تقدم في المادة (١٣٦٩)

- الباب السابع -

﴿ في حق احكام المضاربة ويشتمل على ثلاثة فصول ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان تعريف المضاربة وتقسيمها)

المادة ١٤٠٤ = ﴿ المضاربة نوع شركة على ان رأس المال من طرف والسعي والعمل من طرف آخر ويقال لصاحب رأس المال رب المال وللعامل مضارب ﴾

المراد بالشركة الشركة في الربح لان المضارب لا شركة له في رأس المال حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لا تكون مضاربة بل بضاعة ان شرط جميعه لرب المال، وقرضا ان شرط للمضارب كما سيأتي والمضاربة مفاعلة من الضرب في الارض وهو السير فيها قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض) يعني الذين يسافرون لاجل التجارة وسمي هذا العقد بها لأن المضارب يسير في الارض غالباً لطلب الربح واهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض وهو القطع لأن رب المال يقطع قدراً من ماله ويسلمه للعامل . والقياس ان يكون عقد المضاربة فاسداً لانه في الحقيقة استئجار العامل بأجر مجهول او معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسدت كانت اجارة بالاجماع لكنها شرعت لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فتركهم

عليها وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم واطلق اسم المضارب على العامل لانه ضارب في الارض لا على رب المال لانه طالب للضرب اه ملخصاً من الزيلعي وحاشيته للشلبي وظاهره ان المضارب بكسر الراء

المادة ١٤٠٥ — ✻ ركن المضاربة الايجاب والقبول مثلاً اذا قال رب المال للمضارب خذ هذا رأس مال مضاربة فاسع او اعمل على ان الربح بيننا مناصفة او ثلاثين وثلثا او قال قولاً يفيد معنى المضاربة كقوله خذ هذه الدراهم واجعلها رأس مال والربح بيننا على نسبة كذا مشترك وقبل المضارب تكون المضاربة منعقدة ✻

قال في التكملة معزياً للحموي : وركنها اللفظ الدال عليها كقوله دفعت اليك هذا المال مضاربة او مفاوضة او معاملة او خذ هذا المال واعمل به على ان لك من الربح نصفه او ثلثه او قال ابتع به متاعاً فما كان من فضل فلك منه كذا او خذ هذا المال بالنصف — بخلاف خذ هذا الالف واشتر به هروياً بالنصف ولم يزد عليه فليس مضاربة بل اجارة فاسدة له اجر مثله ان اشترى وليس له البيع الا بأمر اه . فأن باع بغير امره فحكمه كحكم بيع الفضولي لا يجوز الا باجازة المالك فان تلف ما باع ولم يقدر على رده من المشتري ، فهو ضامن لقيمته حين باع . والثمن الذي باع به للمضارب فان كان فيه فضل على القيمة التي غرم ينبغي ان يتصدق به هندية وتمامه فيها . والقبول ان يقول المضارب اخذت او رضيت او قبلت او نحو ذلك وبه يتم الركن بينهما ذكره في الهندية وغيرها

المادة ١٤٠٦ — ✻ المضاربة قسمان مضاربة مطلقة ومضاربة مقيدة ✻

المادة ١٤٠٧ – ٭ المضاربة المطلقة هي التي لا تتقيد بزمان ولا مكان ولا نوع تجارة ولا بتعيين بايع ولا مشتر فاذا تقيدت بواحد من هذه تكون مضاربة مقيدة مثلاً اذا قال في الوقت الفلاني او في المكان الفلاني او اشتر الاموال الفلانية او عامل فلاناً وفلاناً او اهالي البلدة الفلانية تكون المضاربة مقيدة ٭

قال الزيلعي نقلاً عن الكافي ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على ان تعمل في الكوفة او لتعمل به او تعمل بالكوفة مجزوماً او مرفوعاً او فاعمل به في الكوفة او قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة . وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة او قال اعمل بالكوفة

والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنياً على ما قبله ، يجعل مبنياً عليه كما في الالفاظ الستة — وان استقام الابتداء به ، لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ به كما في اللفظين الاخيرين فانه يستقيم الابتداء — اما في الاول فظاهر — واما في الثاني فلأن الواو مما يجوز الابتداء به لانه للاستئناف وحينئذ تكون الزيادة شورى كانه قال ان فعلت كذا فهو انفع واحسن فكان له ان يعمل في الكوفة وغيرها . ولو قال خذه مضاربة على ان تشتري به الطعام ، او قال فاشتر به الطعام او قال لتشتري به الطعام او قال خذه مضاربة بالنصف في الطعام ، فهذا كله مقيد فيعتبر فيه التقييد به ، ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له ان يبيع ويشتري من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس في المعاملة قضاء واقتضاء . ولو قال على ان تشتري به من اهل الكوفة او من الصيارفة وتبيع منهم فباع في الكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة ، جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة ، التقييد

بالمكان او بالنوع فيقيد بالمكان والنوع — حتى لا يجوز له ان يخرج من الكوفة في الاول ويبيع فيها من اهلها ومن غير اهلها ، ولا يجوز له ان يعمل في غير الصرف في الثاني ويشتري ويبيع من الصيارفة وغيرهم ، لان التقييد بالمكان او النوع مفيد فيعتبر — ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهم جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر . ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت للمضاربة وقتاً تقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان اه وفي حاشيته للشلبي قال الاتقاني رحمه الله تعالى: والاصل فيه ان رب المال متى شرط على المضارب شرطاً في المضاربة ان كان شرطا لرب المال فيه فائدة فانه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والا صار مخالفاً وعاملاً بغير امره وان كان شرطاً لا فائدة فيه لرب المال فانه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اه وسيأتي في المادة ١٤٣٠ وما بعدها من المواد ، حكم ما اذا تجاوز المضارب ما عينه المالك فانظر .

— الفصل الثاني —

— في بيان شروط المضاربة —

المادة ١٤٠٨ - ﴿ يشترط اهلية رب المال للتوكيل والمضارب للوكالة ﴾

لان المضارب وكيل عن رب المال في التصرف في ماله لانه يتصرف في ملكه بأمره ، ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل مجمع الانهر فيشترط كون العاقدين اهلاً يعني كونهما بالغين عاقلين كما سيأتي في الوكالة

المادة ١٤٠٩ - ﴿ شرط رأس المال كونه مالاً صالحاً لرأس مال الشركة وانظر الفصل الثالث من باب شرط العقد فلا يجوز ان يكون العقار والعروض والدين في الذمم رأس مال في المضاربة لكن رب المال اذا اعطى شيئاً من العروض الى المضارب وقال بع هذا واعمل بثمنه مضاربة وقبل المضارب وقبض ذلك المال و باعه واتخذ نقود ثمنه رأس مال للاخذ والاعطاء تكون المضاربة صحيحة كذلك اذا قال اقبض الدين الذي في ذمة فلان وقدره كذا وضارب به وقبل تكون صحيحة

لكن يكره ذلك كما في البحر والمنح . قالا لانه اشترط لنفسه منفعة قبل العقد اه . والظاهر ان الحكم كذلك فيما لو قال بع هذا العرض واعمل بثمنه مضاربة تأمل . وانما جازت المضاربة في هذا لانه وكله ببيع العرض اولاً وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما اذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد . وهذا لأن المضاربة ليس فيها الا توكيل واجارة وكل ذلك قابل للاضافة على الانفراد فكذا على الاجتماع — اما لو دفع اليه العرض على ان قيمته الف درهم مثلاً ويكون ذلك رأس المال ، فهو باطل لان القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال . والحيلة في جوازها ما ذكر من امره ببيع العرض وجعل ثمنه رأس مال . وهناك حيلة اخرى ذكرها الخصاف وهي ان يبيع رب المال العرض من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه الى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا العرض من الرجل الذي اشتراه من صاحبه . وانما جازت اذا قال اقبض الدين الذي لي في ذمة فلان الخ ، لان هذا توكيل بالقبض واضافة

للمضاربة الى ما بعد قبض الدين · وذلك جائز على ما بينا — بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لان الدين الذي عليه لا يصلح راس مال المضاربة ، لكونه مضموناً عليه ومن شرط المضاربة ان يكون راس المال امانة عند المضارب ولان التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه لا يصح فلا تتصور المضاربة فيه · الكل ملخص من الزيلعي وحاشية الشلبي · وفي البحر ما نصه : ولو قال اقبض ديني على فلان ثم اعمل به مضاربة فعمل قبل ان يقبض كله ، ضمن · ولو قال فاعمل به لا يضمن وكذا بالواو لان ثم للترتيب فلا يكون مأذوناً بالعمل الا بعد قبض الكل بخلاف الفاء والواو فانه يكفي قبل القبض · ولو قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة لا يكون مأذوناً ما لم يقبض الكل اه

أقول المنقول في الهندية عن المحيط ان الفاء مثل ثم · ونصه من الباب الاول من المضاربة : اذا كان لرجل على آخر الف درهم دين فقال لآخر اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة فقبض بعضه وعمل فيه ، جاز · ولو قال اقبض ديني من فلان فاعمل به مضاربة او ثم اعمل به مضاربة فقبض بعضه وعمل فيه ، لا يجوز وكذا اذا قال اقبض ديني لتعمل به مضاربة او تعمل · هكذا في المحيط اه · والتعليل بأن ثم للترتيب الخ ، يؤيد هذا لان الفاء ايضاً للترتيب وان كانت تفيد التعقيب بلا مهلة فليتأمل · وفي مجمع الانهر عن المجتبى : لو قال اشتر لي عبداً نسيئة ثم بعه واعمل بثمنه مضاربة فاشتراه ثم باعه وعمل فيه جاز · ولو قال رب المال للغاصب او المستودع او المبضع اعمل بما في يدك مضاربة جاز اه

المادة ١٤١٠ = ﴿ تسليم رأس المال الى المضارب شرط ﴾

لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما يأخذه ، مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال امانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة · وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى الآخر لان الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب المال منهما ،

يخرج العقد من ان يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من جانب والعمل من الآخر — فلا بد من تسليم المال الى العامل ليتمكن من العمل . وشرط العمل على رب المال ، ينافي ذلك فلا يجوز سواء كان المالك عاقداً او غير عاقد كالصغير والمعتوه ، لان يدهما على مالهما بجهة الملك ، كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلماً الى المضارب — وكذا احد الشريكين اذا دفع المال مضاربة فشرط ان يعمل شريكه مع المضارب ، لان للشريك فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكاً وشرط ان يتصرف في المال مع المضارب فان كان العاقد ليس بأهل للمضاربة في ذلك ، تفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة و يشترط عمله مع المضارب لانه كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعاً لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز ان يأخذ المال مضاربة ، لم تفسد كالأب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا ان يعملا بانفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جايز لانهما لو اخذا ماله مضاربة ليعملا بانفسهما بالنصف ، صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح . وهذا لان تصرف الاب والوصي ، واقع للصغير حكماً بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير . وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحققت اه زيلعي . وفي الهندية : ولو وكل رجلاً ليدفع ماله مضاربة فدفع الوكيل وشرط عمل نفسه مع المضارب وشيئاً معلوماً من الربح لنفسه كان ذلك فاسداً اه . وذكر في مجمع الانهر عن الطرسوسي ، انه ينبغي ان يشترط في صحة اخذ الوصي مال الصغير مضاربة ، ان لا يجعل الوصي لنفسه من الربح اكثر مما يجعل لامثاله اه . وفي حاشية الشلبي عن شرح الكافي للاسبيجابي : واذا دفع رجل مالاً مضاربة بالنصف فرده المضارب على رب المال وامره ان يبيع ويشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جايز على المضاربة والربح على ما اشترطا لانه لم يوجد صريح النقض ولا دلالة لانه صار مستعيناً به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال اعانة لا يجعل هذا استرداداً فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب — بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال في العقد لان يده مانعة من تمام التسليم . والتسليم شرط صحة المضاربة . ولو دفع المضارب المال الى رب المال مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة

والاولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا خلافاً لزفر اهـ
وذكر في تكملة رد المحتار ما نصه : وحكى الامام القاضي العامري عن محمد بن ابراهيم الضرير ان شرط عمل رب المال مع المضارب انما يكون مفسداً اذا شرط العمل جملة — اما اذا شرط رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده متى بدا له ، وان يتصرف المضارب في جميع المال بانفراده متى بدا له جازت المضاربة كما في الذخيرة اهـ . وفي الهندية عن الفصول العادية : لو قال لمديونه ادفع الدين الذي لي عليك لتكون مضاربة بالنصف فدفع صح ذلك مضاربة اهـ مختصراً .

المادة ١٤١١ - ✱ يشترط في المضاربة كشركة العقد كون رأس المال معلوماً وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءً شايعاً كالنصف والثلث لكن اذا عبر بالشركة على الاطلاق كقوله والربح مشترك بيننا يكون مصروفاً الى المساواة ويقسم الربح مناصفة بين رب المال والمضارب ✱

لأن مطلق الشركة يقتضي المساواة . ولو شرطا على مثل ما شرط فلان لفلان من الربح فإن علما بما شرط فلان لفلان من الربح تجوز المضاربة وان لم يعلما او علم احدهما وجهل الاخر ، لا تجوز هندية . والمراد بعلم رأس المال علمه بتسمية مقداره او بالاشارة اليه كما اذا عقدا المضاربة على صرة دراهم اشار اليها وهما لا يعرفان مقدارها فانه يجوز ويكون القول في قدرها وصفتها للمضارب مع يمينه والبينة على المالك ، لانه يدعي الزيادة والمضارب ينكرها ، افاده في الدر وحواشيه . ولا يضر في كونه معلوماً ، كونه مشاعاً لما في الخانية : لو دفع الى رجل الفا نصفها قرضاً على المضارب ونصفها مضاربة ، جاز فان تصرف المضارب وربح كان نصف الربح له خاصة وعليه وضيعته والنصف الاخر يكون على ما شرطا . ولو قال خذ هذه الالف على ان نصفها قرض علي ان تعمل بالنصف الآخر على ان

يكون الربح لي ، جاز ولا يكره فان تصرف بالألف وربح كان الربح بينهما بالسواء والوضيعة عليهما لان نصف الالف صار ملكاً للمضارب بالقرض والنصف الاخر بضاعة في يده . ولو قال خذ هذه الالف نصفها مضاربة بنصف الربح ونصفها هبة فقبضها غير مقسومة ، كانت المضاربة صحيحة والهبة فاسدة فان هلك المال في يده قبل العمل او بعده ، يضمن قدر الهبة لانها هبة المشاع فيما يقسم . ولو دفع الفاً نصفها بضاعة ونصفها مضاربة بنصف الربح فعمل وربح ، فنصف الربح يكون لرب المال لانه ربح البضاعة والنصف الآخر بينهما على السواء لانه ربح المضاربة اه . وقوله يضمن قدر الهبة الخ قال في تكملة رد المحتار عازياً للمحيط : وهذه المسئلة نص على ان المقبوض بحكم الهبة الفاسدة مضمون على الموهوب له اه — لكن ذكر في الدر قبيل كتاب الايداع ان المعتمد المفتى به ، ان الموهوب هبة فاسدة يملك بالقبض فلا يكون مضموناً ونقل مثله في التكملة عن شرح الوهبانية للشرنبلالي ثم نقل عن السايحاني انه لا تنافي بين الملك بالقبض والضمان . وعن جامع الفصولين الهبة الفاسدة تفيد الملك بالقبض وبه يفتى ثم اذا هلكت افتيت بالرجوع للواهب حبة فاسدة ، لذي رحم محرم منه اذ الفاسدة مضمونة فاذا كانت مضمونة بالقيمة بعد الهلاك كانت مستحقة للرد قبل الهلاك اه ونقل عن نور العين ان الهبة الفاسدة تنقلب عقد مفاوضة فتكون كالمقبوض على حكم البيع الفاسد وهو مضمون اه

وقول هذه المادة "وتعيين حصة العاقدين من الربح الخ" ، يتضمن اشتراط ثلاثة امور الاول ان يكون نصيب كل منهما من الربح معلوماً حتى لو كان مجهولاً بان شرط للمضارب جزءاً او شيئاً او ردد بين النصف والثلث مثلاً تكون فاسدة لان الربح هو المعقود عليه وجهالته توجب فساد العقد الثاني ان يكون جزءاً شايعاً قل او كثر كالنصف او الثلث لان الشركة في الربح انما تتحقق به حتى لو شرطا لاحدهما ماية من الربح مثلاً او ماية مع الثلث او الثلث الا ماية والباقي للآخر لم تجز المضاربة لانه يؤدي الى قطع الشركة في الربح لجواز ان لا يربح الا ذلك القدر زيلعي وحاشيته للشلبي الثالث ان يكون المشروط للمضارب مشروطاً

من الربح حتى لو شرطا شيئاً من رأس المال او منه ومن الربح فسدت المضاربة كما في الهندية عن المحيط

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في الدر عن الجلالية : كل شرط يوجب جهالة في الربح او يقطع الشركة فيه، يفسدها والا بطل الشرط وصح العقد اعتباراً بالوكالة اه ونقله في الهندية عن كتاب القدوري ومثله في الزيلعي وغيره قال والذي يؤدي الى جهالة الربح من الشروط، ان يشترط رب المال على المضارب ان يدفع اليه ارضه ليزرعها سنة او داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لأنه جعل بعض الربح عوضاً عن عمله والبعض اجرة داره او ارضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويسقط ما اصاب منفعة الدار . ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه . ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة — وكذا اذا شرط الوضيعة على المضارب تصح المضاربة ويبطل الشرط لان هذا شرط زايد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسداً ويبطل الشرط اه قال ابو السعود : واورد الأكمل على هذه الكلية شرط العمل على رب المال فانه يفسدها وليس بواحد منهما فلم يطرد والجواب الصحيح عن ذلك ان هذا الشرط له حكم الشرط الموجب لجهالة الربح لاشتراكهما في العلة — بيان ذلك ان فساد المضاربة بشرط يوجب الجهالة في الربح، معلل كما في حاشية الشلبي عن الذخيرة، بأن ذلك يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد معه اذ العقد شرع لاثبات موجبه وهذا الشرط يمنعه ولا شك ان شرط العمل على رب المال يمنع موجب العقد اذ موجبه تسليم المال الى المضارب وهذا الشرط يمنعه فاشتراكهما في العلة يوجب اشتراكهما في الحكم

والحاصل ان الكلية الحقيقية ان يقال كل شرط يمنع موجب العقد يفسدها والا يبطل الشرط ويصح العقد — كاشتراط الوضيعة على المضارب وما شاكله فتدبر . واما ما ادعاه الشارح اللبناني من انه يرد على الكلية السابقة اشتراط نصيب

المضارب في راس المال فساقط جداً ، لان هذا الشرط يقطع الشركة في الربح اما اذا شرطاه في رأس المال فقط ، فظاهر . واما اذا شرطاه منه ومن الربح فلجواز ان لا يربحا شيئاً كما في الزيلعي فهو داخل تحت الكلية . ومما يدخل تحت الشق الثاني من هذه الكلية وهو قوله ، والا بطل الشرط وصح العقد ، ما ذكره في التنوير وشرحه الدر من باب المضارب يضارب ، وملخصه انه لو شرط بعض الربح للمساكين او للحج او في الرقاب لم يصح الشرط ويكون المشروط لرب المال لانه لما بطل الشرط كان الربح تبعاً لاصله وهو رأس المال وهو لرب المال فكذا ربحه . ولو شرطاه لاجنبي او لامرأة المضارب او ولده او مكاتبه ان شرط عمله مع المضارب ، صح العقد والشرط والا ، صح العقد وبطل الشرط وكان المشروط لرب المال . ولو شرط البعض لمن شاء المضارب فان شاء لنفسه او لرب المال صح الشرط والا بأن شاء لأجنبي لا يصح ويكون لرب المال لما تقدم . ولو شرطا بعض الربح لقضاء دين المضارب او دين المالك ، جاز ويكون للمشروط له قضاء دينه ولا يلزم بدفعه لغرمائه اه

المادة ١٤١٢ = ☀ اذا فقد شرط من هذه الشروط المذكورة مثلاً اذا لم تكن حصة العاقدين من الربح جزءً شايعاً بل تعين لاحدهما من الربح كذا غرشاً تفسد المضاربة ☀

ويكون الربح كله لرب المال وللمضارب اجر المثل ان حصل ربح ولا يتجاوز المقدار المشروط . وان لم يحصل ربح فلا شيء اه كما سيأتي في المادة (١٤٢٦) ويأتي الكلام على ذلك . بقي ما اذا اختلف العاقدان في صحتها وفسادها ففي الدر شرحاً ومتناً : ولو ادعى المضارب فسادها فالقول لرب المال وبعكسه فللمضارب . الاصل ان القول لمدعي الصحة في العقود الا اذا قال رب المال شرطت لك ثلث الربح الا عشرة ، وقال المضارب الثلث فالقول لرب المال ولو فيه فسادها لانه ينكر زيادة يدعيها المضارب اه . معزياً للخانية . وافاد بهذا الاستثناء ان قولهم

القول لمدعي الصحة في العقود ، ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا لم يدفع مدعي الفساد بدعوى الفساد استحقاق مال على نفسه كما هنا والا كان القول قوله كما في الحموي عن الذخيرة . ولهذا لو قال رب المال شرطت لك الثلث الثلث وزيادة عشرة وقال المضارب الثلث كان القول للمضارب لانه يدعي الصحة ورب المال لم يدفع بدعواه الفساد استحقاق مال على نفسه . وما في الاشباه من ان القول لرب المال في هذه المسئلة ايضاً خلاف الصواب كما نبه عليه الحموي وغيره لمخالفته للمنقول عن الذخيرة وغيرها فهي داخلة تحت الاصل المذكور وفي التكملة هنا كلام طويل غير محرر فتدبر .

= الفصل الثالث =

﴿ في بيان احكام المضاربة ﴾

المادة ١٤١٣ = ﴿ المضارب امين رأس المال في يده في حكم الوديعة ومن جهة تصرفه في رأس المال هو وكيل رب المال واذا ربح يكون شريكاً فيه ﴾

يعني ان المضارب بدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون اميناً ، لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن فالحيلة اذا اراد ان يجعله مضموناً الى ان يقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على انه بدل القرض وان لم يربح اخذ راس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل او ان يقرضه كله الا درهماً منه ويسلمه اليه ويعقدا شركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم — على ان يكون راس مال المقرض وراس مال المستقرض جميع ما استقرضه على ان

يعملا فيه جميعاً ويشترطا الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض وحده في المال فان ربح كان بينهما على الشرط وان هلك ، هلك على المستقرض الا الدرهم فعلى رب المال

ولا يقال ان هذه شركة عنان شرط فيها العمل على الاكثر مالاً وهو لا يجوز بخلاف العكس فانه يجوز ، لانا نقول الفساد فيما اذا اشترط العمل على صاحب الاكثر فقط وفي مسئلة الزيلعي قد اشترط العمل عليهما وهو صحيح سالم من الفساد كما تقدم . وانما صار وكيلاً بالتصرف لانه متصرف بأمر المالك وهذا معنى الوكالة ولهذا يرجع بما لحقه من العهدة على رب المال كما في الدرر والمنح — حتى لو رد على المضارب بالعيب ولم يجد ما يؤدي ثمنه من مال المضاربة او استحق من يد المشتري ورجع على المضارب بثمنه ولم يجد ما يؤديه من مال المضاربة فادى من مال نفسه ، فالظاهر انه يرجع بما أدّى على رب المال افاده في التكملة تأمل والتمس النقل الصريح . ويؤيده ما ذكر في الدر وحواشيه في متفرقات القضاء من انه لو اشترى بألف المضاربة عبداً وهلك الثمن قبل النقد للبايع لم يضمن لانه امين بل يدفع المالك للمضارب الفاً اخرى ثم وثم اي كلما هلك دفع اخرى الى غير نهاية ، ويكون رأس المال جميع ما دفع فلا يكون للمضارب شيء من الربح حتى يصل رب المال الى جميع ما اوصله للمضارب على انه ثمن . وهذا بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء ثم هلك بعد الشراء فانه لا يرجع الا مرة واحدة لان يده ثانياً يد استيفاء لا امانة

بيانه ان كل ما قبضه المضارب من المال ، امانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لانه لا يكون الا بقبض مضمون وقبض الوكيل ثانياً ، استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبايع فاذا قبضه صار مستوفياً له فصار مضموناً عليه فيهلك عليه — حتى لو دفع له الموكل الثمن بعد الشراء لا يرجع اصلاً ، لانه ثبت له الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفياً بالقبض بعده بخلاف المدفوع اليه قبل الشراء فانه امانة وهو قائم على الامانة قبله فلم يصر مستوفياً فاذا هلك يرجع مرة فقط لما قلنا اه ملخصاً

وذكر الزيلعي وجوهاً أخر للفرق بين الوكيل والمضارب . منها ان الوكيل

انهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال - بخلاف المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل الا بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه ما دام متصرفاً له اه . وانما صار شريكاً لرب المال اذا ربح لان الربح هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة فيه من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط . هذا وقد ذكروا للمضاربة احكاماً اخرى غير هذه الاحكام الثلاثة قال في البحر: وحكمها ان المضارب امين بعد دفع المال اليه ، ووكيل عند العمل وشريك عند الربح واجير عند الفساد فله اجر مثله والربح كله لرب المال الا في الوصي اذا اخذ مال الصغير مضاربة وشرط لنفسه عشرة دراهم فانه لا اجر له اذا عمل كما في احكام الصغار ، وغاصب عند الخلاف ، ومستقرض عند اشتراط كل الربح له ، ومستبضع عند اشتراطه لرب المال فلا ربح له ولا اجر ولا ضمان عليه بالهلاك اه . وانما اقتصرت المجلة على الثلاثة الاول لانها احكام للمضاربة حقيقة بخلاف الاحكام الباقية فانها حالات للمضارب واوصاف له توجد عند انتفاء المضاربة كما هو ظاهر ، قال الزيلعي : وانما صار اجيراً اذا فسدت لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجاناً فيجب له اجر المثل فكان اجيراً . وانما صار غاصباً بالخلاف ، لوجود التعدي في مال الغير كالغصب — وهذا لان صاحبه لم يرض ان يكون في يده الا على الوجه الذي امره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصباً فيضمن . وانما صار مستقرضاً باشتراط كل الربح له ، لأنه لا يستحق كل الربح الا اذا صار مالكاً للمال لان الربح فرع المال فاذا شرط ان يكون كل الربح له فقد ملكه جميع رأس المال اقتضاء ، فقضيته ان لا يرد رأس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيره — لكن لفظة المضاربة تقتضي رد رأس المال فجعلناه قرضاً لاشتماله على المعنيين عملاً بهما . وانما صار مستبضعاً باشتراط جميع الربح لرب المال ، لان المضارب لم يطلب لعمله بدلاً وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلاً متبرعاً وهذا هو معنى البضاعة فكأنه نص عليها اه باختصار .

المادة ١٤١٤ — ❊ المضارب في المضاربة المطلقة بمجرد عقد

المضاربة يكون مأذوناً بالعمل في لوازم المضاربة والاشياء التي تتفرع عنها فاولاً يجوز له البيع والشراء لاجل الربح لكن اذا اشترى مالاً بالغبن الفاحش يكون اخذه لنفسه لا يدخل في المضاربة ثانياً يجوز له البيع سواء كان بالنقد او بالنسيئة بقليل الدراهم وكثيرها لكن يجوز له اعطاء المهلة في المرتبة التي جرى العرف والعادة بين التجار والا فليس له بيع الاموال الى مدة طويلة لم تعرف بين التجار ثالثاً يجوز له قبول الحوالة بثمن المال الذي باعه رابعاً يجوز له توكيل شخص آخر بالبيع والشراء خامساً يجوز له ابداع مال المضاربة والابضاع والرهن والارتهان والايجار والاستئجار سادساً يجوز له ان يسافر الى بلدة اخرى لاجل الاخذ والاعطاء ❊

يعني للمضارب ان يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة وهي التي لم تقيد بزمان او مكان او نوع او شخص من المعاملين بعينه كما تقدم في المادة (١٤٠٧) وتقدم تحقيق ذلك في شرحها . وذلك بان يدفع اليه مضاربة بالنصف مثلاً ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله ان يفعل ما هو معتاد بين التجار ، لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة او في نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح ، وجميع ما ذكر في هذه المادة من صنيعهم افاده الزيلعي ونقل الشلبي عن شروح الجامع الصغير ، ان التصرفات في المضاربة ثلاثة اقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكها بمطلق الايجاب وهو الايداع والابضاع والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما اشبه ذلك ، وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل ان يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة او يخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره فانه لا يملك هذا بمطلق المضاربة

لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو امر زائد على ما تقوم به التجارة فلا يتناوله عقد المضاربة — لكن يحتمل ان يلحق به فاذا قيل له أعمل برأيك فله ذلك ، وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يحتمل ان يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة على المال ، لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يحتمل التعدي — الا ان ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه لا مضاربة ، لانه ليس لاحدهما فيما استدانه رأس مال اه — لكن في كون خلط مال المضاربة بماله او بمال غيره من القسم الثاني ، كلام يأتي في شرح المادة الآتية . ثم ان اطلاق البيع والشراء في قول المجلة هنا فاولاً يجوز له البيع والشراء الخ ، يشمل ما اذا كانا فاسدين كما في الدرر والدر لان المبيع فيه يملك بالقبض فيحصل الربح بعقد المعاوضة وهو من صنيع التجار — بخلاف الباطل تكملة عن الاشباه قال ابوالسعود ولم يُرد به جواز مباشرة البيع الفاسد فإنه حرام بل اشار به الى انه بالبيع فاسداً لا يكون مخالفاً فلا يكون غاصباً فلا يخرج المال من ان يكون في يده امانة اه .

ويشمل اطلاقها ايضاً ما اذا باع المضارب عروض المضاربة من رب المال او اشتراها منه فانه جايز قال في الهندية عن المحيط : اذا باع رب المال مال المضاربة من المضارب او باعه المضارب من رب المال فهو جايز سواء كان في المال فضل على رأس المال او لم يكن غير انه متى باع رب المال من المضارب ، بطلت المضاربة ومتى باع المضارب من رب المال ، لم تبطل المضاربة ويكون لرب المال الخيار ان شاء دفع الثمن الى المضارب وبقيت المضاربة ، وان شاء امسك الثمن ونقض المضاربة اه . والاطلاق المذكور مشعر ايضاً بجواز تجارته مع كل واحد . قال في رد المحتار : لكن في النظم انه لا يتجر مع امرأته وولده الكبير ووالديه عنده خلافاً لهما ولا يشتري من عبده المأذون وقبل من مكاتبه بالاتفاق قهستاني اه وفي ط عن سري الدين : وانما يبيع ويشتري من غير اصوله وفروعه اه وانظر هل المراد ان البيع والشراء من هؤلاء غير صحيحين او يكونان غير نافذين على المضاربة ويكون المضارب مخالفاً ضامناً ولم يحرر . ثم

رابعاً في الهندية اذا اشترى المضارب او باع ممن لا تقبل شهادته له بسبب القرابة او الزوجية او الملك — فان كان البيع والشراء بمثل القيمة جاز عندهم جميعاً وان كان بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز عندهم جميعاً وان كان بما يتغابن الناس بمثله لم يجز عند ابي حنيفة وعندهما يجوز الا من مكاتبه وعبده المديون اه . هذا وقد افادت هذه المادة ان شراء المضارب بمال المضاربة متاعاً بالغبن الفاحش وكذا بيعه به ، صحيحان نافذان الا ان الشراء ينفذ عليه لا على المضاربة لان الغبن الفاحش تبرع وهو مأمور بالتجارة لا بالتبرع فيكون مخالفاً فيقع الشراء له فيكون ربحه له ووضيعته عليه وهذا بالاجماع

واما بيعه بالغبن الفاحش فهو نافذ على المضاربة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعندهما البيع موقوف على اجازة رب المال كبيع الفضولي وهذا الخلاف مبني على الخلاف في حكم الوكيل بالبيع المطلق فعند ابي حنيفة يجوز بما عز وهان وعندهما لا يجوز الا بالمعروف . والفرق لابي حنيفة بين البيع والشراء حيث ينفذ البيع على المضاربة ولا ينفذ الشراء الا على المضارب ، ان في الشراء تتحقق تهمة انه اشتراه لنفسه ولما لم يوافقه الحقه بغيره — بخلاف البيع فانه لا تهمة فيه . وقول ابي حنيفة اصح الاقاويل وعليه المتون كما ذكرناه في شرح المادتين ٣٧٣ و ١٣٧٤ ولذا مشت عليه المجلة

﴿ تنبيهات ﴾

الاول كما يجوز للمضارب التوكيل بالبيع والشراء ، يجوز له التوكيل بالقبض والخصومة ففي الهندية : والاصل ان كل تجارة لو باشرها المضارب تصح على رب المال — فاذا وكل بذلك تصح على رب المال . ولو وكل المضارب غيره بالخصومة في الدين فأقر الوكيل ان المضارب اخذه ، جاز فان قال المضارب لم اقبضه ، فلا ضمان عليه وقد برىء الغريم كما لو اقر بالقبض من المطلوب فانكر المضارب هندية . وفيها اذا وكل المضارب وكيلاً بقبض مال المضاربة من رب المال او بدفع شيء منه اليه كان جائزاً . واذا امر رب المال المضارب ان ينفق على اهله فوكل المضارب وكيلاً بالنفقة عليهم فهو جايز فاذا قال الوكيل انفقت عليهم مائة درهم في مدة

ينفق مثلها على مثلهم وقال المضارب انفقت مابقي درهم في مدة ينفق مثلها على مثلهم وقال رب المال ما انفقت شيئاً ، فالقول قول المضارب وذهب من المال مابقي درهم ولا يضمن الوكيل شيئاً . وانما يصدق المضارب لان المال في يده وكذا كل وكيل يدفع اليه المال ويؤمر بأن ينفقه على شيء من الاشياء كان مصدقاً على ذلك بالمعروف اه كذا في شرح اللبناني ولم ار هذه العبارة الآن في كتاب المضاربة من الهندية نعم ذكر في الخانية : وما جاز للمضارب ان يعمل بنفسه جاز له ان يوكل غيره بذلك اه

الثاني لو كانت المضاربة مطلقة فخصها رب المال بعد عقد المضاربة نحو ان قال له لا تبع بالنسيئة اولا تشتر دقيقاً ولا طعاماً او لا تشتر من فلان او لا تسافر — فان كان التخصيص قبل ان يعمل المضارب او بعد ما عمل فاشترى وباع وقبض الثمن وصار المال ناضاً جاز تخصيصه لانه في هذه الحالة يملك عزله واخراجه عن المضاربة فيصح تخصيصه وان كان التخصيص بعد ما عمل وصار المال عرضاً لا يصح تخصيصه ، لانه لو نهاه عن البيع في هذه الحالة او اراد عزله لا يصح فلا يصح تخصيصه — وكذا لو نهاه عن السفر في المضاربة المطلقة ان كان المال عرضاً لا يصح نهيه خانية فاذا اشترى ببعض المال شيئاً ثم قال لا تعمل به الا في الحنطة لم يكن له ان يشتري بالباقي الا الحنطة فاذا باع ذلك الشيء وصار نقداً لم يشتر به الا الحنطة كذا في الحاوي اه تكملة .

الثالث كما يملك المضارب البيع نسيئة يملك تأخير ثمن ما باعه حالاً ففي الخانية وله ان يؤجل الثمن بعد العقد عند الكل اه وفي رد المحتار : ولو اخر الثمن جاز على رب المال ولا يضمن — بخلاف الوكيل الخاص . ولو حط بعض الثمن ان كان لعيب طعن فيه المشتري وما حط حصته من الربح او اكثر يسيراً جاز وان كان لا يتغابن الناس في الزيادة يصح ويضمن ذلك من ماله لرب المال وكان رأس المال ما بقي على المشتري اه .

الرابع ذكر في التنوير ما نصه : ويملك المضارب في المطلقة البيع بنقد ونسيئة متعارفة والشراء اه قال في التكملة قوله والشراء اي نقداً ونسيئة اه . اقول

فيه ان الشراء نسيئة بعد ما صار رأس المال عرضاً ، استدانة على المضاربة وهو لا يملكها بلا اذن رب المال فلا بد من تقييده بأن يكون في يده من رأس المال، ما هو من جنس ثمن ما اشتراه نسيئة ولا دلالة في عبارة التنوير على الاطلاق لان عطف الشراء على البيع لا يلزم منه ان يتعلق به قوله بنقداو نسيئة كما تعلق بالبيع ولو كان مراده ذلك لقال ويملك البيع والشراء بنقد ونسيئة متعارفة كما لا يخفى وانظر ما سنكتبه في شرح المادة ١٤١٨

فوائد مهمة

لو اشترى المضارب باكثر من رأس المال كانت الزيادة له ولا يضمن بهذا الخلط الحكمي ولو كان المال دراهم فاشترى بغير الاثمان كان لنفسه وبالدنانير للمضاربة لانهما جنس واحد هنا — كذا في رد المحتار . وله اي للمضارب ان يستأجر ارضاً بيضاء ويشتري ببعض المال طعاماً ليزرعها ولو استأجر ارضاً بيضاء على ان يغرس فيها شجراً او ارطاباً فقال ذلك من المضاربة فهو جائز والوضيعة على رب المال والربح على ما شرطا . ولو اخذ نخلاً او شجراً او ارطاباً معاملة على ان ينفق عليها من مال المضاربة، لا يجوز ويضمن ما انفق من مالها وان كان قال له اعمل برأيك . ولو اخذ الارض مزارعة واستنبتها بطعام اشتراه ببعض مال المضاربة يجوز ان قال له اعمل برأيك ، وان كان البذر والبقر من قبل رب الارض والعمل على المضارب فما حصل يكون للمضارب — وكذا لو شرط البقر على المضارب ولو دفع ارضاً يعني من مال المضاربة بغير بذر مزارعة جاز سواء قال له رب المال اعمل برايك او لم يقل كذا في الهندية .

اقول اما جواز استئجار المضارب الارض ليغرس فيها فلأن الاستئجار من باب المضاربة فيملكه مطلقاً واما اشتراط قول رب المال اعمل برأيك في اخذه الارض مزارعة ، فلان المزارعة ليست من بابها — لكن يحتمل ان تلحق بها لانها في المعنى استئجار ببعض الخارج فاشترط للجواز ذلك — واما عدم جواز اخذ النخل ونحوه معاملة ، فلان المعاملة ليست من المضاربة ولا يمكن ان تلحق بها فلا تجوز مطلقاً هذا ما ظهر لي . ويمكن ان يقال ان جميع هذه الاعمال ليست من

صنيع التجار في عرف زماننا فينبغي ان لا يملكهـا المضارب الا ان ينصا عليهـا فتدبر . اذا اشترى المضـارب بالمال متاعاً واراد امسـاكه ليربح به كثيراً واراد رب المال بيعه لم يكن للمضارب امساكه الا ان يعطي لرب المال راس ماله ان لم يكن فيه فضل او راس ماله وحصته من الربح ان كان فيه فضل — ثم اذا لم يكن له حق الامساك هل يجبر على البيع — ان كان في المال فضـل يجبر الا ان يعطي رب المال راس ماله وحصته من الربح فحينئذٍ لا يجبر على البيع ويجبر رب المال على قبول ذلك . وان لم يكن فضل لا يجبر على البيع ويقـال لرب المال : المتاع كله خالص ملكك فخذه برأس مالك او بعه حتى تصل اليه هندية ملخصاً . للمضارب السفر براً وبحراً في ظاهر الرواية لان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فيملكه بمطلق العقد اذ لفظها دال عليه زيلعي وفي التكملة عن القهستاني : ولا يسافر سفراً مخوفاً يتحامى عنه الناس قال الرحمتي وله السفر براً وبحراً اي في وقت لا يغلب فيه الهلاك وفي مكان كذلك اه

المادة ١٤١٥ - ✵ المضـارب في المضاربة المطلقة لا يكون مأذوناً بمجرد عقد المضاربة في خلط مال المضاربة بماله ولا في اعطائه مضاربة لكن اذا كان في بلدة من عادة المضاربين فيها خلط مال المضاربة بمالهم فـي المضـاربة المطلقة يكون المضارب ايضاً مأذوناً في ذلك ✵

وكذا لا يملك المضارب دفع المال الى غيره شركة كما في الدر وغيره وقدمنا في شرح المادة السابقة عن شروح الجامع الصغير ان كلاً من الدفع مضاربة والخلط بماله او بمال غيره ، ليس من المضاربة فلا يملكه المضارب الا بالتنصيص عليه او بالتعميم بقوله اعمل برأيك . وقوله ليس من المضاربة اي ليس من بابها ولا من توابعها كما في رد المحتار عن التتارخانية . وعللوا ذلك كما في الدر وحواشيه

بان الشيء لا يتضمن مثله ولا اعلى منه والدفع مضاربة مثله . وكل من الدفع شركة ، والخلط بماله او بمال غيره اعلى من المضاربة لان فيهما الاشراك في نفس المال . واورد على التعليل ، المستأجر والمستعير فان المستأجر له ان يؤجر والمستعير له ان يعير ما لم يختلف بالاستعمال

واجيب بأن الكلام في التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية لا النيابة ، لان كلا من المستأجر المستعير ، مالك لمنفعة ذكره في رد المحتار - لكن نقل في الهندية والتتارخانية والخانية عن فتاوي ابي الليث: اذا دفع رجل الف درهم مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك الا ان معاملة التجار في تلك البلدة ان المضاربين يخلطون وارباب الاموال لا ينهونهم عن ذلك وقد غلب التعارف في مثل هذا ، رجوت ان لا يضمن ويكون الامر محمولاً على ما تعارفوا اه وعبارة التتارخانية على ما نقله عنها في التكملة : فان غلب التعارف في مثله وجب ان لا يضمن اه فالحاصل اختارت قول ابي الليث وهل يكون الحكم كذلك لو غلب التعارف ان المضارب يدفع المال الى غيره مضاربة او شركة وارباب الاموال لا ينهونهم يحرر . وفي رد المحتار عن التتارخانية : دفع الى رجل الفا بالنصف ثم الفا اخرى كذلك فخلط المضارب المالين فهو على ثلاثة اوجه اما ان يقول المالك في كل من المضاربتين اعمل برأيك او لم يقل فيهما او قال في احدهما فقط وعلى كل فاما ان يكون قبل الربح في المالين او بعده فيهما او في احدهما . ففي الوجه الاول لا يضمن مطلقاً . وفي الثاني ان خلط قبل الربح فيهما ، فلا ضمان ايضاً وان بعده فيهما ضمن المالين وحصة رب المال من الربح قبل الخلط وان بعد الربح في احدهما فقط ، ضمن الذي لا ربح فيه ، وفي الثالث اما ان يكون قوله اعمل برأيك في الاولى او يكون في الثانية وكل على اربعة اوجه اما ان يخلطها قبل الربح فيهما او بعده في الاولى فقط او بعده في الثانية فقط او بعده فيهما قبل الربح فيهما او بعده في الثانية فان قال في الاولى لا يضمن الاول ولا الثاني فيما لو خلط قبل الربح فيهما اه اقول توضيح هذه المسئلة وما شاكلها مذكور في الباب الحادي عشر من مضاربة الهندية بما لا مزيد عليه فليراجع

المادة ١٤١٦ — * اذا كان رب المال في المضاربة المطلقة قد فوض الى رأي المضارب امور المضاربة قايلاً له اعمل برأيك يكون المضارب مأذوناً بخلط مال المضاربة بماله و باعطائه مضاربة على كل حال لكن في هذه الصورة لا يكون مأذوناً بالهبة والاقراض في مال المضاربة ولا بالدخول تحت الدين الأكثر من رأس المال بل اجراء هذه الامور موقوف على صريح الاذن من رب المال *

اما الخلط والاعطاء مضاربة ، فلأنهما وان لم يكونا من المضاربة ولا من توابعها - لكن يمكن الحاقهما بها عند وجود القرينة وقد وجدت هنا باللفظ المفيد للتعميم وهو قوله اعمل برأيك - بخلاف الهبة والاقراض فانهما لا يمكن الحاقهما بها لانهما من التبرعات المحضة والمقصود من المضاربة الاسترباح فلا بد من الاذن بهما صراحة . واما الاستدانة على رأس المال فلأنها تصرف بغير رأس المال . والتوكيل الحاصل بعقد المضاربة ، مقيد برأس المال فلا يحتمل التعدي الا ان ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه كما سيأتي في المادة ١٤١٨ وعليه فلا يملك المضارب ان يأخذ سفتجة ولا ان يعطيها كما صرح به في البحر وحاشية الشلبي والسفتجة هي المسماة في زماننا بالبوليجة . اما الاخذ فلأنه استدانة لانه يأخذ من غيره مالاً ليدفعه له في بلدة اخرى واما اعطاؤها فلأنه قرض لانه يدفع لغيره مالاً ليستوفيه منه في بلدة اخرى وقد علمت ان كلاً من القرض والاستدانة لا يملكهما المضارب الا بصريح الاذن . ثم ان الاستدانة التي لا يملكها المضارب الا بصريح الاذن ، مصورة كما في رد المحتار عن شرح الطحاوي ، بان يشتري سلعة بثمن دين وليس عنده من مال المضاربة شيء من جنس ذلك الثمن . فلو كان عنده من جنسه كان شراء على المضاربة ولم يكن من الاستدانة في شيء . اه وعبارة الخانية : دفع الى رجل الفاً مضاربة لم يكن للمضارب ان يشتري شيئاً للمضاربة

بأكثر من ذلك المال قال له رب المال اعمل برأيك او لم يقل . فان اشترى سلعة
بأكثر من الف كانت حصة الالف مضاربة وما زاد فهو للمضارب له ربحه وعليه
وضيعته وثمن الزيادة عليه خاصة ولا يضمن المضارب بذلك الخلط اه . وفي
الهندية : ولو اشترى بألف المضاربة سلعة ، لم يملك ان يشتري بعد ذلك شيئاً ولو
كان راس المال دراهم فاشترى بغير الاثمان كالمكيل والموزون ونحوه كان
مشترياً لنفسه لانه اشترى بغير مال المضاربة فكان استدانة على المضاربة . ولو كان
رأس المال دراهم فاشترى بالدنانير او دنانير فاشترى بالدراهم ، نفذ على المضاربة
استحساناً لانها كجنس واحد في حق الثمنية وفي حق المضاربة اه . وفيها ايضاً : لو
باع المضارب واشترى وتصرف في مال المضاربة فحصل في يده صنوف من
الاموال من المكيل والموزون والمعدود وغير ذلك من سائر الاموال ولم يكن في
يده دراهم ولا دنانير ولا فلوس فليس له ان يشتري متاعاً بثمن ليس في يده مثله من
جنسه وصفته وقدره فان اشترى عبداً بكر حنطة وسط وفي يده الوسط جاز
وكذا بكر حنطة جيدة وفي يده الجيدة وان كان في يده اجود مما اشترى به او
ادون ، لم يكن للمضاربة وكان للمضارب . ولو اشترى بحنطة نسيئة وفي يده
حنطة جاز اه وذكر في رد المحتار ان الاستدانة التي يملكها المضارب عند صريح
الاذن بها ، هي ان يشتري سلعة بثمن دين كما تقدم اما لو استدان نقوداً فالظاهر
انه لا يصح مطلقاً لانه توكيل بالاستقراض وهو باطل . وفي الخانية من فصل
شركة العنان : ولا يملك الاستدانة على صاحبه ويرجع المقرض عليه لا على
صاحبه لان التوكيل بالاستدانة توكيل بالاستقراض وهو باطل لانه توكيل
بالتكدي اه اقول قدمنا في شرح المادة (١٣٨٠) ان في جواز استقراض احد
شريكي العنان قولين وقد نقل في رد المحتار من كتاب الشركة ، القول بالجواز
عن محيط السرخسي والولوالجية — وكذا عن الخانية وعللوا ذلك بان الاستقراض
تمليك مال بمال فكان بمنزلة الصرف فهو تجارة ومبادلة معنى اه . وعلى هذا
القول اعتمدت المجلة في المادة المذكورة واشارت الى ذلك في هذه المادة ، لان
الدخول تحت الدين ، يشمل ما اذا استدان نقوداً كما لا يخفى فتنبه . ونقل في
في التكملة عن البزازية ان الاخذ بالشفعة له حكم الاستدانة فلا يملكها المضارب

الا بصريح الاذن .

والظاهر ان وجهه ان الاخذ بالشفعة ليس من المضاربة ولا من توابعها ولا يحتمل الالحاق بها اذ لا يقصد به الاسترباح بل التخلص من اذى الجار تأمل .
وكما لا يجوز الاستدانة على مال المضاربة الا بصريح الاذن ، لا تجوز ايضاً على اصلاحه — فلو اشترى بجميع مالها ثياباً ثم استأجر على حملها او قصرها او فتلها كان متطوعاً عاقداً لنفسه تكملة عن (ط) . والمراد من قوله او قصرها ان يقصرها بالماء فلو قصرها بالنشاء ، كان كما لو صبغها من ماله بصبغ يزيد فيها والحكم في هذا انه ان قال له رب المال اعمل برأيك ، كان كالخلط فيملكه المضارب بالتعميم وحينئذ يكون المضارب شريكاً بقدر قيمة الصبغ فلو بيعت الثياب كان حصة قيمة الصبغ للمضارب وحصة الثوب الابيض للمضاربة فلو كان الثوب على تقدير انه ابيض يساوي خمسة ، وفي حالة كونه احمر مثلاً يساوي ستة كان له سدس الثمن وخمسة الاسداس الباقية للمضاربة — رأس المال لصاحبه وربح الابيض بينهما على ما شرطا وان لم يقل اعمل برأيك لم يكن شريكاً بل غاصباً فيخرج مال المضاربة عن ان يكون امانة فيضمن ويكون الربح له ورب المال بالخيار ان شاء اخذ الثياب واعطاه زيادة الصبغ وان شاء ضمنه قيمة ثياب بيض كما في الغصب . وهذا ان لم يكن في الثياب قبل صبغها فضل على رأس المال فان كان فيها فضل بان اشترى الثياب بالف المضاربة وهي تساوي قبل الصبغ الفين كان رب المال مخير ان شاء ضمنه ثلاثة ارباع قيمته ابيض وان شاء اخذ ثلاثة ارباعه واعطاه ما زاد الصبغ في ثلاثة ارباعه . وهذا كله اذا كانت الثياب باقية فلو باعها المضارب قبل ان يختار رب المال شيئاً — فان باعها مساومة قسم الثمن على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى ما زاد الصبغ فيها فتكون حصة الصبغ للمضارب وحصة الثياب للمضاربة يستوفي رب المال رأس المال والباقي ربح — وان باعه مرابحة يقسم الثمن على ما اشترى به المضارب الثياب وعلى قيمة الصبغ يوم صبغ وان هلك في يده لا يضمن شيئاً اه ملخصاً من الدر وحواشيه ومن الهندية : وقوله وان هلك في يده الخ — يعني ان كان قال له اعمل برأيك والا كان ضامناً كما علمت . وهذا اذا صبغ الثياب بغير السواد فلو بالسواد فهو بمنزلة

الحمل والقصارة عند ابي حنيفة لانه نقصان فلا حصة للمضارب من الثمن لانه متطوع ولا ضمان عليه . والاصح ان هذا في ثياب ينقص السواد من قيمتها فاما في ثياب يزيد السواد في قيمتها فهو بمنزلة ما لو صبغها اصفر او احمر افاده في الهندية

المادة ١٤١٧ — ✵ اذا خلط المضارب مال المضاربة بماله فالربح الحاصل يقسم على مقدار رأس المال يعني ان ربح رأس ماله يأخذه هو وربح مال المضاربة يقسم بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطاه ✵

هذا اذا اذن له رب المال بالخلط نصا اوقال له اعمل برأيك — اما بدون ذلك يكون بالخلط غاصباً ضامناً — الا اذا جرت العادة بذلك من المضاربين على ما بيناه في شرح المادة (١٤١٥) وعلمت مما كتبناه في شرح المادة (١٤١٦) ، ان من صور الخلط ما اذا قصر ثياب المضاربة بنشاء او صبغها من ماله بما يزيد في قيمتها وعلمت احكام ذلك .

بقي حكم ما اذا دفع المضارب مال المضاربة لآخر مضاربة وحاصل ما ذكروه انه اذا كان الدفع بغير اذن رب المال ، لم يضمن بمجرد الدفع ما لم يتصرف الثاني في ظاهر الرواية ، لان الدفع ايداع حقيقة وهو يملكه وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف فاذا تصرف الثاني كان رب المال بالخيار — ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصباً بالدفع الى غيره بغير اذنه ، وان شاء ضمن الثاني لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه ، وهذا ظاهر على اصلها ، لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع — واما عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى فقد قيل ينبغي ان لا يضمن الثاني كمودع المودع وقيل يضمن الثاني عنده ايضاً لانه قبضه لنفع نفسه — بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال . وعليه فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثاني والربح بينهما على ما شرطا ، لانه باداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثاني . وان ضمن الثاني يرجع بما ضمن على الاول ، اذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما ، لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستنداً الى وقت

التعدّي يتبين انه دفع مضاربة مال نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا ويطيب للثاني ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث في عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه براس المال وملكه ثبت فيه مستنداً فلا يخلوا عن شبهة فيكون سبيله التصدّق ·
هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين — واما اذا كانت احداهما فاسدة او كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هي الفاسدة ، صار اجيراً على ما بيّنا وللاول ان يستأجر من يعمل في المال — وان كانت الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية ، لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال فكانت الثانية فاسدة بالضرورة اذ ليس للاجيران يشرك غيره وكانا اجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين واذا كانا اجيرين لا يضمن واحد منهما للمضارب الاول اجر مثله لان عمل الثاني وقع له فكأنه عمل بنفسه · وللثاني على الاول مثل ما شرط له من الربح ، لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمي له اه ملخصاً من الزيلعي وحاشية الشلبي · ومعنى قوله مثل ما شرط له من الربح ان اجرة مثله لا تزيد على مثل ما شرط له من الربح هذا ما ظهر لي تأمل ·

ثم ان الثانية اذا كانت فاسدة والاولى صحيحة كان للثاني اجر المثل على المضارب الاول ويرجع به الاول على رب المال والوضيعة على رب المال · والربح بين الاول ورب المال على ما شرطا بعد اخذ الثاني اجرته كما في البحر · وافاد في البحر ايضاً انه لو اختار رب المال ان يأخذ حصته من الربح ولا يضمن واحداً منهما ، ليس له ذلك قال ط : لان المال بالعمل صار غصباً وليس للمالك ان يأخذ الربح من الغاصب كذا ظهر لي اه مختصراً

هذا اذا ضارب المضارب بلا اذن فلو باذنه فان دفع المضارب الاول الى المضارب الثاني بالثلث ، وقد كان رب المال قال للاول على ان ما رزق الله بيننا نصفان او ما كان في ذلك من رزق فهو بيننا نصفان او قال خذ هذا المال مضاربة بالنصف وربح الثاني ، فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثاني الثلث لان رب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثاني ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه فبقي له السدس وطاب الربح

للجميع ، لان عمل الثاني عمل عن المضارب كالاجير المشترك اذا استأجر آخر بأقل مما استوجر . ولو كان رب المال قال للاول ما رزقك الله بكاف الخطاب او ما ربحت من شيء او ما كان لك فيه من فضل الربح او ما كسبت فيه من كسب والمسالة بحالها ، فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان لان المشروط ما رزق الله المضارب الاول وهو هنا الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو ماذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة — وكذا لو شرط للمضارب الثاني اكثر من الثلث او اقل منه فما بقي بعد ما ياخذه منه المضارب الثاني فهو بينه وبين رب المال لما قلنا . ولو كان رب المال قال للاول ما رزق الله فلي نصفه او ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف ، فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شيء للاول . ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة بحالها ، ضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح من ماله لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه ماذوناً — لكن لا ينفذ في حق رب المال فيغرم للثاني السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد فكان كمن استوجر لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف .

والحاصل ان رب المال متى شرط لنفسه نصف الربح او ثلثه من مطلق الربح فله ما شرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الاول او ثلثه فله ما شرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن ان يخرج الاول في هذه بغير شيء وفي الاولى يمكن ذلك بل يمكن ان يضمن للثاني من ماله على ما بيناه اه ملخصاً من الهداية والزيلعي والبحر

﴿ تنبيه ﴾

نقل في التكملة عن الاشباه ما نصه اذا قال له اعمل برأيك ثم قال لا تعمل برأيك صح نهيه الا اذا كان بعد العمل اه وانظر ما نقلناه عن الخانية في التنبيه الثاني من شرح المادة ١٤١٤

المادة ١٤١٨ = ﴿ المال الذي اخذه المضارب بالنسيئـة زيادة على راس المال باذن رب المال يكون مشتركاً بينهما شركة وجوه ﴾

فربحه بينهما بقدر ملكهما ووضيعته كذلك وربح مال المضاربة ووضيعته على حاله كما شرطا قال في الهندية : لو كان رب المال اذن له في الاستدانة كان الدين عليهما نصفين ولو رهن ، وقيمته والدين سواء ، كان على المضارب نصف قيمته ، لان الاذن بالاستدانة عقد آخر وهو شركة الوجوه وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما شرطا وما حصل بالاستدانة ان كان مطلقاً يقتضي التساوي سواء كان الربح في المضاربة نصفين او اثلاثاً لانه لا تعلق لاحدهما بالآخر كذا في المحيط اه . وفيها بعد نحو صفحتين لو دفع اليه الف درهم مضاربة وامره ان يستدين على المال على ان الربح بينهما للمضارب ثلثاه ولرب المال ثلثه فاشترى المضارب بالف المضاربة جارية تساوي الفين واشترى على المضاربة غلاماً بألف يساوي الفين فباعهما جميعاً باربعة الاف ، فان ثمن الجارية يستوفي منه رب المال رأس ماله وما بقي بينهما على ما شرطا للمضارب ثلثاه ولرب المال ثلثه — واما ثمن الغلام فيودي منه ثمنه والباقي بينهما نصفان . فان كان امره ان يستدين على المال على ان ما اشترى بالدين من شيء فلرب المال ثلثه وللمضارب ثلثاه على ان الربح بينهما نصفان والمسئلة بحالها ، فحصة جارية المضاربة يأخذ رب المال راس ماله الف درهم والباقي بينهما نصفان على ما اشترطا وثمن الجارية المشتراة بالدين بينهما اثلاثاً على قدر ملكهما واشتراط المناصفة بالربح في هذا يكون باطلاً اه . وتمام فروع المسئلة فيها من الباب التاسع في الاستدانة على المضاربة . وبهذا تعلم ان ما نقله في رد المحتار عن السائحاني من ان ظاهر المتون ان المشتري بالدين يكون لرب المال وربحه على حسب الشرط وانه لا ينافي ذلك كون حكم شركة الوجوه ان الربح فيها على حسب حصتيهما في المشتري لانه يغتفر في الضمني ما لا يغتفر في الصريح ، هو كلام فاسد غير صحيح مخالف للمنقول كما سمعت فتنبه

المادة ١٤١٩ – ﴿ اذا ذهب المضارب في عمل المضاربة الى محل غير البلدة التي وجد فيها ياخذ مصرفه بالقدر المعروف من مال المضاربة ﴾

بخلاف ما اذا عمل في مصره الساكن فيه فان نفقته حينئذ في ماله . والفرق ان النفقة تجب جزاء الاحتباس كنفقة القاضي والمرأة . والمضارب في المصر ساكن بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة بحر . وانما قال اذا ذهب ولم يقل كغيره اذا سافر ، اشارة الى انه ليس المراد من قولهم اذا سافر ، السفر الشرعي المقدر بثلاثة ايام بل المراد به مطلق الخروج – لكن لا بد من تقييده بحيث لا يمكنه ان يبيت في منزله وان خرج من المصر وامكنه ان يعود اليه في ليلته فهو كالمصر لا نفقة له كما في الزيلعي وغيره

والمراد من البلدة التي وجد فيها ، المصر الذى اتخذه داراً سواء كان مصره الذي ولد فيه اولا . اما لو نوى الاقامة بمصر ولم يتخذه داراً فله النفقة في مالها كما في البحر قال : فلو أخذ مالا مضاربة بالكوفة وهو من اهل البصرة وكان قدم الكوفة مسافراً ، فلا نفقة له في المال ما دام بالكوفة فاذا خرج منها مسافراً فله النفقة حتى يأتي البصرة لان خروجه لاجل المال ولا ينفق من المال ما دام بالبصرة لان البصرة وطن اصلي له فكان اقامته فيه لاجل الوطن لا لاجل المال فاذا خرج من البصرة ، له ان ينفق من المال الى ان يأتي الكوفة وله ان ينفق ايضاً ما اقام بالكوفة حتى يعود الى البصرة لان وطنه في الكوفة كان وطن اقامة وانه يبطل بالسفر فلو عاد اليها وليس له بها وطن تكون اقامته فيها لاجل المال اه

والمراد من المصرف في قوله يأخذ مصرفه ، طعامه وشرابه وكسوته وركوبه اي ما ركب ولو بكراء وكل ما يحتاجه في عادة التجار فدخل فيه غسل ثيابه واجرة من يخدمه من الخبز والطبخ وعلف دابة الركوب والحمل ونفقة غلمانه الذين يعملون معه والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز واجرة الحمام والحلاق وقص

الشارب . وعمت الكسوة وجوب الفراش الذي ينام عليه افاده في البحر . واما الدواء واجرة الحجام والفصاد فلا تجب له في الظاهر من الرواية لان النفقة معلوم وقوعها والحاجه الى الدواء من العوارض فكان موهوماً فلا يجب كما لا يجب ذلك للمرأة على زوجها افاده الزيلعي . قال الشلبي : الا ان يكون في موضع جرت العادة فيه بذلك اه . وفي البحر عن الخلاصة : ولما كان المعتبر عادة التجار كان له أكل الفاكهة وان لم تكن من النفقة وله الخضاب اه .

وقيد بقوله بالمعروف لانه لو اسرف فصرف زيادة عن المعروف كما في التكملة يضمن الزائد عن المعروف وفي الزيلعي : ولو رجع الى بلده وفي يده شيء من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده على المحجوج عنه او ورثته اه . وكون النفقة من مال المضاربة ، غير قيد بل المراد انها تجب فيه حتى لو انفق من مال نفسه او استدان على المضاربة لنفقته يرجع بذلك في مال المضاربة ولو لم يرجع فيه حتى توى مال المضاربة ، لا يرجع على رب المال لفوات محل النفقة — بخلاف ما اذا اشترى شيئاً للمضاربة اواستأجر دابة ليحمل عليها مال المضاربة فضاع المال قبل ان ينقد منه يرجع بذلك على رب المال ، لانه عامل لرب المال بخلاف نفقته لانه عامل لنفسه بحر

وقوله قبل ان ينقد منه ، فيه اشارة الى انه كان في يد المضارب حين الشراء اوالاستئجار من مال المضاربة مما هو من جنس الثمن او الاجرة — والا كان الشراء للمضارب وهو متبرع بالاستئجار للتحميل لان هذا استدانة وهو لا يملكها الا بصريح الاذن كما تقدم . والظاهر ان الاستدانة للانفاق على نفسه لا يحتاج فيه الى الاذن الصريح لقول البحر لان التدبير في الانفاق على نفسه مفوض اليه كالوصي اذا انفق على الصغير من مال نفسه اه تامل . واطلق الذهاب في عمل المضاربة فشمل السفر للتجارة ولطلب الديون فيرجع بما انفق في سفره لاجل ذلك — الا اذا زاد ما انفقه على الدين فلا يرجع بالزيادة بحر عن المحيط . وافاد ايضاً انه لا رجوع له فيما انفقه في الخصومة لتقاضي الدين اه وجهه انه كالدواء من العوارض فكان موهوماً فلا يجب الا بصريح الاذن هذا ما ظهر لي . واطلق المضاربة فانصرفت الى الصحيحة لان المضارب في الفاسدة اجير لا نفقة له .

واطلق المضارب ليفيد انه لا فرق بين المضارب ومضاربه اذا كان اذن له في المضاربة والا فلا نفقة للثاني افاده في البحر . وذكر في الدر انه لو سافر بماله ومال المضاربة او خلط ماله بمال المضاربة باذن رب المال او بمالين لرجلين انفق بالحصة اه . ثم اذا انفق المضارب من رأس المال ياخذ المالك قدر ما انفقه من الربح ان كان ثمة ربح فان استوفاه وفضل شيء من الربح اقتسماه على الشرط لان ما انفقه يجعل كالهالك والهالك يصرف الى الربح . وان لم يظهر ربح فلا شيء عليه اي على المضارب مما انفقه على نفسه اي بل يذهب من رأس المال افاده في الدر متناً وشرحاً قال في البحر : وفيه اشارة الى ان المضارب له ان ينفق على نفسه من مال المضاربة قبل الربح اه . وافاد قبل هذا ايضاً ان نفقة المضارب تجب في مال المضاربة اذا سافر في عملها وان لم يتفق له شراء شيء او بعضه وعزاه للخلاصة

﴿ تنبيه ﴾

لو باع المضارب المتاع مرابحة فما انفقه على المتاع من اجرة حمل واجرة سمسار وقصار وصباغ ونحوه يحسبه مما قام عليه . وما انفقه على نفسه لا كما في عامة المتون قال في البحر : والاصل ان ما يوجب زيادة في رأس المال حقيقة او حكماً يضمه الى رأس المال وكذا ما اعتاده التجار كاجرة السمسار اه

المادة ١٤٢٠ — ﴿ مهما شرط رب المال وقيد بالمضاربة المقيدة يلزم المضارب رعايته ﴾

هذا اذا كان التقييد مفيداً والا فلا تجب رعايته ويجعل كالمسكوت عنه كما قدمناه في شرح المادة ١٤٠٧ وذكر في الدر ان الشرط الغير مفيد اصلاً لا يعتبر اصلاً كنهيه عن بيع الحال — واما المفيد في الجملة كسوق من مصر فان صرح بالنهي صح والا لا اه . وفي الزيلعي لو قيد له البيع في سوق معين من المصر لا يتقيد به لان المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه واسواقه لانه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد

— الا اذا صرح بالنهي بان قال اعمل في هذا السوق ولا تعمل في غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف فيه اليه ولعل ذلك يفيد — بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث كان له ان يبيعه حالاً عند عدم اختلاف السعر بينهما ، لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير من وكل شخصاً يبيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل فانه يجوز لما قلنا فكذا هذا . وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر اه مختصراً وفي الهندية : ولو امره ان يبيع بالنسيئة ولا يبيع بالنقد فباع بالنقد فهو جائز قالوا: وهذا اذا باعه بالنقد بمثل قيمته او اكثر او بمثل ما سمي له بالثمن فان كان بدون ذلك فهو مخالف اه

والظاهر ان قوله بمثل قيمته اي قيمته لو بيع نسيئة تأمل . وقدمنا في شرح المادة ١٤٠٧ المذكورة ، الالفاظ التي تفيد التقييد والتي لا تفيد فلتراجع . ولا تنس ما قدمناه في التنبيه الثاني من شرح المادة ١٤١٣ عن الخانية من ان التقييد بعد الاطلاق انما يعتبر اذا كان المال باقياً لم يتصرف فيه المضارب — اما بعد ان صار عروضاً فلا يعتبر الا اذا باع العروض وصار المال ناضاً فحينئذ يعمل النهي

المادة ١٤٢١ — ✻ اذا خرج المضارب عن مأذونيته وخالف الشرط يكون غاصباً وفي هذه الحالة يعود الربح والخسار في اخذه واعطائه عليه واذا تلف مال المضاربة يكون ضامناً ✻

يعني لو تجاوز بلداً عينها رب المال او شرى سلعة غير التي عينها او في وقت او مع شخص كذلك ، كان غاصباً لانه تصرف في مال الغير بغير امره وكان ذلك الشراء له وله ربحه وعليه خسرانه — غير انه يتصدق بالربح عندهما لانه نماء مال الغير وعند ابي يوسف يطيب له الربح

اصل الخلاف ، المودع اذا تصرف بالوديعة وربح وهذا في الشراء حيث وجد له

نفاذاً فينفذ عليه اما لو باع مال المضاربة على خلاف امر رب المال ، كان بيعه موقوفاً على اجازة رب المال كما هو عقد الفضولي . ثم اذا خرج بالمال الى بلدة غير التي عينها رب المال قيل لا يكون غاصباً حتى يتصرف بالمال فلو هلك قبل التصرف لا يضمن . والصحيح انه يكون غاصباً بمجرد الاخراج فيضمن بالهلاك قبل التصرف — غير ان الضمان يتقرر بالتصرف اذ لو لم يتصرف فيه حتى عاد للوفاق يرتفع الضمان وتبقى المضاربة على حالها كالمودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد للوفاق فانها تعود امانة فبالتصرف يزول احتمال الرد الى البلد الذي عينه افاده في الدر وحواشيه . وافاد ايضاً انه لو عاد الى الوفاق في البعض تعود المضاربة في ذلك البعض خاصة اعتباراً للجزء بالكل فان اشترى ببعضه في غير الكوفة ثم بما بقي في الكوفة ، فهو مخالف في الاول وما اشتراه في الكوفة فهو على المضاربة لان دليل الخلاف وجد في بعضه دون بعضه اه

المادة ١٤٢٢ = ✹ اذا خالف المضارب رب المال حال نهيه اياه بقوله لا تذهب بمال المضاربة الى المحل الفلاني او لا تبع بالنسيئة فذهب بمال المضاربة الى ذلك المحل فتلف المال او باع بالنسيئة فهلك الثمن يكون المضارب ضامناً ✹

لانه صار غاصباً بالمخالفة كما علمت . ولا يخرج عن كونه غاصباً لو اجاز رب المال فعله بعد المخالفة كما في التنوير وغيره اوائل كتاب المضاربة قال في المنح : حتى لو اشترى المضارب ما نهى عنه وتصرف فيه ثم اجاز رب المال لم يجز اه اقول وهذا ظاهر في صورة الشراء مع المخالفة لان الشراء نفذ على المضارب ، لما علم من ان عقد الفضولي متى امكن تنفيذه ، لا يتوقف — اما اذا باع المضارب متاع المضاربة على خلاف امر رب المال فان البيع لما لم يمكن تنفيذه توقف على اجازة صاحبه كبيع الغاصب كما تقدم في شرح المادة السابقة . اذا علمت هذا تعلم ان

المراد من قوله في هذه المادة يكون ضامناً اي لما هلك من ثمن ما باعه مع المخالفة ، انه يضمنه لرب المال ان اجاز البيع او لمن اشترى منه ان فسخ رب المال البيع واسترد عين البيع هذا ما ظهر لي فتدبره ٠

المادة ١٤٢٣ — ﴿ اذا وقت رب المال المضاربة بوقت معين فبمضي ذلك الوقت تنفسخ المضاربة ﴾

بان دفع له المال مضاربة الى سنة مثلاً فمضت ٠ وعبارة الهندية عن الكافي من الباب السادس من المضاربة : وان وقت للمضاربة وقتاً بعينه ، تتقيد به حتى يبطل العقد بمضيه اه ٠ اما لو شرط عليه ان يعمل في الصيف دون الشتاء او على ان لا يعمل في شهر كذا ، فالظاهر ان العقد لا يبطل بمضي الصيف ولا في الشهر المنهي عن العمل فيه حتى كان له العمل في صيف آخر او في الاشهر الاخر اذ التوقيت لم يكن للمضاربة بل للعمل غاية الامر انه لو عمل في الشتاء او في الشهر المنهي عن العمل فيه يكون بالمخالفة غاصباً ضامناً عاملاً لنفسه تامل ٠

﴿ فرع ﴾

لو دفع مالاً مضاربة وقال تخرج الى الري فما ربحت في ذهابك ، فهو بيننا نصفان وما ربحت في رجوعك فبيننا اثلاثاً ثلثه لك وثلثاه لي — او قال ربح هذا الشهر بيننا نصفان والشهر الثاني اثلاثاً فالمضاربة جائزة والربح بينهما على ما شرطا لان كل شرط من هذه الشروط صحيح عند الانفراد فكذا اذا جمعه مع غيره كذا في الخانية

المادة ١٤٢٤ — ﴿ اذا عزل رب المال المضارب يلزمه اعلامه بعزله وتكون تصرفات المضارب الواقعة معتبرة حتى يقف على العزل ولا يجوز له التصرف بالنقود التي في يده بعد وقوفه على العزل لكن

اذا كان في يده اموال غير النقود يجوز له ان يبيعها ويبدلها بالنقد

حاصل المسئلة ان المضارب ينعزل بعزل رب المال اياه بشرط ان يعلم بالعزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزلة على ما بين في الوكيل . والمراد بالعلم ، ما يستفاد من خبر رجلين مطلقاً او خبر واحد عدل اذا كان فضولياً . وان كان رسولاً من رب المال ، يكفي ان يكون مميزاً ، وان كان انثى او رقيقاً غير بالغ ولا عدل ، لان الرسول والوكيل كالأصيل عند الامام خلافاً لهما . ثم اذا علم المضارب بالعزل ، والمال عروض كان له بيع العروض بالنقد والنسيئة — وكذا السفر بها وان نهاه رب المال عن ذلك فكما لا يملك عزله والمال عروض لا يملك تخصيص الاذن له لانه عزل من وجه

واما ما ذكره في الدر من انه لو مات رب المال والمال عرض تبطل في حق المسافرة لا في حق التصرف ، فهو مبني على غير الروايات المشهورة كما نبه عليه في التكملة . وانما لا ينعزل اذا علم بالعزل والمال عروض ، لان له حقاً في الربح ولا يظهر الا بالنض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك — بخلاف الوكيل فانه اذا علم بعزل موكله ، ينعزل وان كان المال عروضاً ، اذ لا حق له فيها . ثم اذا نضت فصارت نقوداً لا يتصرف في ثمنها لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ولا حاجة اليه بعد النض

ثم ان المراد بالعروض هنا ما ليس من جنس رأس المال . والدراهم والدنانير ، جنسان هنا فاذا كان رأس المال دراهم وعزله ومعه دنانير له بيعها بالدراهم استحساناً — كما ان له بيع العروض قال في الهداية : لان الربح لا يظهر الا به فكان كالعروض هذا ملخص ما في الدر وحواشيه والبحر وغيره . قال الزيلعي : وموت رب المال وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقاً ، والمال عروض ، كعزله ، والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعها كما لا يمنعه عزله منه لان جواز بيعه لها بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال ان يكون فيه ربح فيظهر . وذلك لا يختلف بين ان يكون العزل حكمياً او قصدياً لان حقه ثابت فيه على كل حال — بخلاف ما اذا لم يكن

له فيه حق بأن نض كله او كان وكيلاً لا مضارباً حيث يختلف فيه الحكم بين العزل القصدي والحكمي حتى لا ينعزل في القصدي الا اذا علم . وفي الحكمي ينعزل علم او لم يعلم اه مختصراً

وحاصله ان الوكيل ينعزل بالعزل الحكمي مطلقاً علم او لم يعلم — سواء كان المال ناضاً او عروضاً وبالعزل القصدي لا ينعزل الا اذا علم . واما المضارب فان المال عروضاً ، لا ينعزل سواء علم بالعزل او لم يعلم لان له حقاً في العروض ليظهر ربحه — بخلاف الوكيل وان كان المال ناضاً فبالعزل الحكمي ينعزل سواء علم بالعزل او لم يعلم وبالقصدي لا ينعزل ما لم يعلم بالعزل وهو الموافق لما في الخانية وعليه اطلاق المادة ١٤٢٩ الآتية . وهو الظاهر من عبارات المتون حيث اطلقوا بطلان المضاربة في العزل الحكمي وقيدوه في العزل القصدي باشتراط علم المضارب بالعزل

واما ما ذكر في المنح من ان المضارب لا ينعزل الا بعد العلم سواء كان العزل قصدياً او حكمياً ، فقد تبع في ذلك شيخه صاحب البحر وهو لم ينقله عن احد . ولعل صاحب البحر رحمه الله تعالى اشتبهت عليه مسئلة باخرى وذلك انهم صرحوا ان لا فرق بين القصدي والحكمي فيما اذا وقع العزل ، والمال عروض من حيث انه لا ينعزل في حق بيع العروض وان علم بالعزل فظن ان لا فرق بينهما ايضاً فيما اذا كان المال ناضاً من حيث انه لا ينعزل الا اذا علم . والدليل على ما قلنا من الاشتباه ، ان عبارته هكذا : وشمل كلامه العزل الحكمي حتى كان له بيع العروض بعد موت رب المال حقيقة او حكماً ولا ينعزل في الحكمي الا بالعلم بخلاف الوكيل حيث ينعزل في الحكمي وان لم يعلم لانه لا حق له بخلاف المضارب اه فانك قد علمت ان حق المضارب يثبت في العروض لا في النقود فتدبره . والعجب من العلامة ابي السعود حيث نقل في حاشيته على مسكين ما ذكره صاحب المنح عن البحر والزيلعي مع ان كلام الزيلعي صريح بخلافه كما سمعت فسبحان من ابى العصمة لكتاب غير كتابه

واعلم ان من مسايل المتون انه لو افترقا اي المضارب ورب المال ، وفي المال ديون على الناس فان كان في المال ربح يجبر المضارب على اقتضاء الديون لانه كالاجير والربح له كالاجرة وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كالسمسار

وانه يجبر على التقاضي لانه يبيع ويشتري باجرة وان لم يكن ربح ، لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع فهو كالوكيل بالبيع والمستبضع اذا امتنع احدهما عن التقاضي ، لا يجبر لما قلنا نعم يؤمر المضارب وكذا الوكيل والمستبضع ، ان يوكل المالك باقتضاء الديون لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد . ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بذلك كيلا يضيع حقه زيلعي

﴿ فرع ﴾

قال في القنية اعطاه دنانير مضاربة ثم اراد القسمة له ان يستوفي دنانيره وله ان يأخذ من المال بقيمتها وتعتبر قيمتها يوم القسمة لا يوم الدفع اه — وعليه فلو علم عدد المدفوع ونوعه فله اخذه ولو اراد ان يأخذ قيمته من نوع آخر ، يأخذه بالقيمة الواقعة يوم الخلاف وهو يوم القسمة — وكذا اذا لم يعلم نوع المدفوع كما يقع كثيراً في زماننا حيث يدفع انواعاً ثم تجهل فيضطر الى اخذ قيمتها لجهالتها فيأخذ بالقيمة يوم الخصام والله اعلم تأمل كذا في رد المحتار باختصار

اقول : لا يخفى ان اخذ القيمة متوقف على العلم بالنوع فاذا جهل النوع من اين تعلم القيمة فليتأمل . وفي الخانية واذا صار مال المضاربة ديناً على الناس فنهاه رب المال عن التقاضي مخافة ان يأكل المضارب فان كان في المال ربح فالتقاضي يكون للمضارب والا فلرب المال ان يمنعه عن التقاضي ويجبر المضارب على ان يحيل رب على المال الغرماء اه

المادة ١٤٢٥ - ﴿ المضارب انما يستحق الربح في مقابلة عمله والعمل انما يكون متقوماً بالعقد فاي مقدار شرط للمضارب في عقد المضاربة من الربح يأخذ حصته بالنظر اليه ﴾

المادة ١٤٢٦ — ﴿ استحقاق رب المال للربح بماله فيكون جميع الربح له في المضاربة الفاسدة والمضارب بمنزلة اجيره يأخذ اجر المثل لكن لا يتجاوز المقدار المشروط حين العقد ولا يستحق اجر المثل ان لم يكن ربح ﴾

اعتباراً بالمضاربة الصحيحة لانها رضيا ان يكون للعامل جزء من الربح لو حصل و بالحرمان ان لم يحصل ولو اوجبنا عليه اجراً عند عدم الربح او زيادة على المسمى اذا ربح ، لزيت الفاسدة على الصحيحة · وهذا قول ابي يوسف وهو الصحيح كما في رد المحتار عن السائحاني ومثله في الطحطاوي عن العيني · وفي حاشية ابي السعود عن ابن الغرس : وعند محمد رحمه الله تعالى وهو ظاهر الرواية ، انه يجب اجر المثل مطلقاً ربح او لم يربح زاد على المسمى اولا هذا ما نقله في الشرنبلالية عن التبيين وشرح المجمع والخلاصة ، لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة ولم يرض بالعمل مجاناً · وان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او بتسليم العمل وقد وجد تسليم كل منهما هنا زيلعي · وقيل الخلاف بينهما فيما اذا ربح واما اذا لم يربح فاجر المثل بالغاً ما بلغ · وقد علمت ان الصحيح ما مشت عليه المجلة في هذه المادة

﴿ تنبيهان ﴾

الاول استثنى في التنوير وغيره من لزوم اجر المثل في المضاربة الفاسدة ما اذا اخذ الوصي مال اليتيم مضاربة فاسدة كأن شرط لنفسه عشرة دراهم فانه لا شيء له في مال اليتيم اذا عمل لان حاصل هذا كان الوصي يؤجر نفسه لليتيم وانه لا يجوز اه الثاني كل مضاربة فاسدة ، لا نفقة للمضارب فيها على المضاربة فان انفق على نفسه من المال حسب من اجر مثل عمله واخذ بما زاد ان كان ما انفق منه اكثر من اجر المثل هندية

المادة ١٤٢٧ - ✻ اذا تلف مقدار من مال المضاربة يحسب في اول الامر من الربح ولا يسري الى راس المال واذا تجاوز مقدار الربح وسرى الى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة ✻

اما كون الهالك يصرف الى الربح دون رأس المال ، فلأن الربح تبع ورأس المال اصل . وصرف الهالك الى ما هو تابع ، اولى كما يصرف الى العفو في الزكاة ولان الربح فرع عن رأس المال فلا يثبت له حكم قبل ثبوت اصله تكملة — واما كون المضارب لا يضمن ما هلك من رأس المال فلأن مال المضاربة في يده امانة سواء كانت المضاربة صحيحة او فاسدة فلا يكون ضمينا للتنافي بينهما في شيء واحد زيلعي . ثم اذا قسم الربح وبقيت المضاربة على حالها ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال وتركا بعضه في يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح . ثم هلك المتروك في يده وهو امانة ، ترادا الربح الذي اقتسماه حتى يستوفي رب المال رأس ماله ، لان الربح تابع ورأس مال اصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الأصل فاذا فضل عن رأس المال بعد التراد شيء ، يكون بينهما لانه ربح زيلعي ، وفي الباب السادس عشر من الهندية : الاصل ان قسمة الربح قبل قبض رب المال رأس ماله ، موقوفة — ان قبض رأس المال صحت القسمة والا بطلت اه ثم نقل عن التبيين: لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك ، لم يترادا الربح الاول . وهذه هي الحيلة فيما اذا خاف المضارب ان يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقي في يده من رأس المال اه وفيها : ولو كان الربح الفين فأخذ كل واحد الفا من الربح ثم ضاع رأس المال يعني وهو الف ، فالالف الذي قبض رب المال هو رأس ماله ويضمن له المضارب نصف الالف الذي اخذه وان استوفى رأس ماله ثم اقتسما الربح ثم دفع رب المال الالف الذي قبضه عن رأس ماله الى المضارب وقال اعمل على المضاربة التي كانت فان ربح او وضع لا تنتقض القسمة الاولى لان هذه مضاربة مستأنفة والمضاربة الاولى انتهت

نهايتها متى اقتسما وانما يريد بقوله على المضاربة التي كانت اي على الشرط الذي كان كذا في محيط السرخسي اه وتمام هذه المسائل فيها من الباب المذكور

المادة ١٤٢٨ — ﴿ على كل حال يكون الضرر والخسار على رب المال واذا شرط كونه مشتركاً عليه وعلى المضارب فلا يعتبر ذلك الشرط ﴾

لان هذا الشرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسداً ويبطل الشرط كما قدمناه في شرح المادة (١٤١١)

المادة ١٤٢٩ = ﴿ اذا مات رب المال او جن جنوناً مطبقاً تنفسخ المضاربة ﴾

سواء علم المضارب بموت رب المال او جنونه او لم يعلم حتى لا يملك الشراء بعد ذلك بمال المضاربة ولا السفر ويملك بيع ما كان عرضاً لانه عزل حكمي خانية . وقدمنا مثله عن البزازية والزيلعي ، وان ما ذكره في المنح تبعاً للبحر غير صحيح لانهما لم يعزياه لاحد وهو مخالف للمنقول وذلك في شرح المادة (١٤٢٤) — وكذا تنفسخ المضاربة بموت المضارب او جنونه مطبقاً او ارتداده ولحوقه قال في التنوير وشرحه الدر : وتبطل بموت احدهما لكونها وكالة وكذا بقتله وحجر يطرأ على احدهما وبجنون احدهما مطبقاً قهستاني . وفي البزازية : مات المضارب والمال عروض باعها وصيه اه . اي وصي المضارب لان العزل لا يمكن حينئذ في المضارب فلا يجري على وصيه وقيل ان ولاية البيع تكون لرب المال ووصي المضارب كليهما وهو الاصح تكملة عن الحموي . ثم نقل عن الهندية فان لم يكن له وصي جعل القاضي له وصياً يبيعها فيوفي رب المال راس ماله وحصته من الربح ويعطي

حصة المضارب من الربح غرماءه اي ان كان له غرماء ، فغرماء المضارب لا يأخذون عروضها لانها مال الغير اه . وفي الهندية من الباب الثاني عشر : لو اتى مصراً واشترى شيئاً فمات رب المال وهو لا يعلم فاتى بالمتاع مصراً آخر ، فنفقة المضارب في مال نفسه وهو ضامن لما هلك في الطريق وان سلم المتاع جاز بيعه لبقائها في حق البيع . ولو كان المضارب خرج بالمتاع من ذلك المصر قبل موت رب المال لم يكن عليه ضمان وكانت نفقته في سفره على المال حتى ينتهي الى المصر ويبيع المتاع اه معزياً للوجيز والمبسوط . ثم نقل عن محيط السرخسي : لو كان المضارب في الطريق فنهاه رب المال برسول عن السفر او مات فله ، ان يتوجه الى اي مصر احب وكان نفقته في مال المضاربة فاما اذا كان مال المضاربة ناضاً وهو في مصر او في الطريق فخرج الى غير مصر رب المال ، يضمن اه ومثله عن المبسوط ايضاً فالظاهر ان ما نقله اولاً عن الوجيز والمبسوط من انه يضمن ما هلك في الطريق ، مبني على غير الروايات المشهورة من ان له المسافرة بعروض المضاربة كما له بيعها سواء كان العزل قصدياً او حكمياً كما تقدم فتفطن

والحاصل انه اذا مات رب المال والمال في يد المضارب عروض ، له المسافرة بها الى اي بلد شاء على الروايات المشهورة ونفقته في سفره في مال المضاربة فاذا باع العروض وصار المال ناضاً ، فليس له المسافرة به الا لبلد رب المال ويضمن ان سافر لغيره لا اليه واما نفقته حينئذ ففي ماله على كل حال ، لانفساخ المضاربة من كل وجه وبقاء المال في يده امانة فاغتنم هذا التحرير

المادة ١٤٣٠ = ❊ اذا مات المضارب مجهلاً فالضمان في تركته راجع مادتي ٨٠١ و ١٣٥٥ ❊

لان مال المضاربة امانة في يد المضارب فهو كالوديعة وقد تقدم في المادة ٨٠١ ، حكم تجهيل الوديعة وما به يكون التجهيل مفصلاً وقدمنا في شرحها ان احد الشريكين او المتفاوضين لهما حكم المستودع فلتراجع تفاصيل المسئلة هناك

﴿ مسائل متفرقة ﴾

اذا مات المضارب وعليه دين ومال المضاربة في يده معروف وهو دراهم بدئ برب المال قبل الغرماء باخذ رأس المال وهل يأخذ الربح — ان كان الربح ظاهراً وقد عرف وصوله الى المضارب يأخذ نصيبه منه قبل الغرماء ثم ما بقي من حصة المضارب من الربح ، يكون بين غرمائه وان كانت المضاربة لا تعرف بعينها فرب المال اسوة للغرماء في جميع تركته . ولو اقر المضارب عند موته ، انه باع واشترى بألف المضاربة فربح الفاً ثم مات ، والمضاربة غير معروفة وللمضارب مال فيه وفاء بالمضاربة وبالربح ، فان رب المال يأخذ من مال المضارب رأس ماله الفاً ولا شيء له من الربح . ولو اقر المضارب انه قبض الربح حتى تثبت يده على الربح ، يكون ضامناً حصته من الربح . ولو ان المضارب قال في مرضه قد ربحت في المضاربة الفاً ووصل الي فضاع المال وكذبه رب المال ، فالقول قول المضارب بيمينه . وان مات قبل الاستحلاف فانه يستحلف الورثة على العلم فان حلفوا برئوا — وان نكل واحد منهم عن اليمين ، لزمه رأس المال وحصة رب المال من الربح ، من نصيبه خاصة كذا في التاسع عشر من مضاربة الهندية . وتمام هذه المسائل فيها . اذا اشترى بألف المضاربة داراً تساوي الفاً او اقل او اكثر ، ورب المال شفيعها بدار له ، فله ان يأخذها بالشفعة من المضارب ويدفع اليه الثمن فيكون على المضاربة . ولو اشترى المضارب داراً ببعض مال المضاربة ثم اشترى رب المال داراً لنفسه الى جنبها ، فللمضارب ان يأخذها بالشفعة بما بقي من مال المضاربة . ولو باع المضارب داراً من المضاربة ورب المال شفيعها ، فلا شفعة له سواء كان في الدار ربح او لم يكن . ولو باع رب المال داراً لنفسه والمضارب شفيعها بدار من المضاربة — فان كان في يد المضارب من مال المضاربة ما به وفاء بثمن الدار لم تجب الشفعة وان لم يكن في يده وفاء بثمن الدار فان لم يكن في دار المضاربة ربح ، فلا شفعة وان كان فيها ربح ، فللمضارب ان يأخذها لنفسه — كذا في الحادي والعشرين من مضاربة الهندية وتمامه فيها . اذا دفع المسلم الى النصراني مالاً مضاربة بالنصف فهو جائز الا انه مكروه فان اتجر في الخمر

والخنزير فربح ، جاز على المضاربة في قول ابي حنيفة وينبغي للمسلم ان يتصدق بحصته من الربح وعندهما تصرفه في الخمر والخنزير لا يجوز على المضاربة فان اشترى ميتة فنقد فيه مال المضاربة فهو مخالف ضامن في قولهم جميعاً . وان رابى فاشترى درهمين بدرهم ، كان البيع فاسداً ولكن لا يصير ضامناً لمال المضاربة والمال بينهما على الشرط ولا بأس بان يأخذ المسلم مال النصراني مضاربة ولا يكره له ذلك فان اشترى به خمراً او خنزيراً او ميتة ونقد مال المضاربة فهو مخالف ضامن فان ربح في ذلك رد الربح على من اخذ منه ، ان كان يعرفه وان كان لا يعرفه تصدق به ولا يعطي منه رب المال النصراني شيئاً ولو دفع المسلم ماله مضاربة الى مسلم ونصراني جاز من غير كراهة — كذا في الباب الثاني والعشرين من الهندية وتمامه فيها . لو دفع اليه الف درهم مضاربة على ان يشتري به الثياب ويقطعها بيده ويخيطها على ان ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فهو بينهما نصفان ، فهو جايز على ما اشترطا لان العمل المشروط عليه مما يصنعه التجار على قصد تحصيل الربح ، و كذلك لو قال له على ان تشتري الجلود والأدم وتخرزها خفافاً ودلاء فكل هذا من صنيع التجار فيجوز شرطه على المضارب — كذا في الباب الثالث والعشرين في المتفرقات من الهندية . وفيها من المحل المذكور ولو قال خذ هذا الالف مضاربة عندك شهراً فاذا مضى الشهر فهو قرض فهو كذلك فاذا مضى الشهر وهو عنده ورق اي نقود ، كان قرضاً يعني اذا قبضه وان كان عرضاً لم يكن قرضاً — حتى يبيعه فيصير ورقاً فيكون قرضاً عنده . ولو اقرضه شهراً ثم بقي مضاربة لم يكن مضاربة اه . اي لان قبض الضمان لا ينوب عن قبض الامانة — بخلاف العكس . وقوله يعني اذا قبضه اشار به الى انه لا يصير قرضاً حتى يحدث له قبضاً ففيها عن المحيط : رجل عنده الف درهم مضاربة فقال لرب المال اقرضنيه ففعل وهو قائم بعينه . ثم اشترى به قال اذا قبضه المضارب بيده من بيته او صندوقه او كيسه وصرفه في حوائج نفسه ، فهو قرض عليه اه . اي والا بقي في يده امانة . من دفع الى اخر الفاً مضاربة فاشترى عبداً بالف ولم يقل عند الشراء انه اشتراه للمضاربة فلما قبضه قال اشتريته وانا انوي ان يكون على المضاربة و كذبه رب المال فقال اشتريته لنفسك هل يصدق المضارب فيما قال

فهذه المسئلة لا تخلوا عن اربعة اوجه — اما ان يكون مال المضاربة والعبد قائمين وقت اقرار المضارب او كانا هالكين ، او كان العبد قائماً ومال المضاربة هالكاً ، او كان مال المضاربة قائماً والعبد هالكاً — ففي الوجه الاول القول قول المضارب مع يمينه فان هلك مال المضاربة في يده قبل التسليم الى البائع فانه يرجع على رب المال بثمنه ويسلمه الى البائع وفي الوجه الثاني ، لا يصدق المضارب من غير بينة ويضمن المضارب للبائع الف درهم ولا يرجع على رب المال بشيء . وكذلك الجواب في الوجه الثالث . وفي الوجه الرابع ، ذكر ان المضارب يصدق على رب المال في حق تسليم ما في يده من رأس مال المضاربة الى البائع واذا هلك في يده واراد ان يرجع على رب المال بالف آخر ، لا يصدق . ولو كان المضارب اشترى العبد بالف المضاربة ثم نقد ثمنه من مال نفسه وقال اشتريته لنفسي وكذبه رب المال فالقول قول رب المال ويأخذ المضارب الف المضاربة قصاصاً بما اداه . ولو كان اشترى العبد بالف درهم ولم يسم مضاربة ولا غيرها ثم قال اشتريته لنفسي فالقول قوله — كذا في النوع الاول من الباب السابع عشر من الهندية . لو ادعى المضارب العموم في كل تجارة وادعى رب المال الخصوص فالقول للمضارب — ولو اقاما البينة فيما اذا ادعى احدهما العموم والآخر الخصوص ان وقتت البينتان وقتا احداهما قبل الاخرى فانه يقضي ببينة الذي يثبت آخر الآمرين — والا بان لم توقتا او وقتتا سواء او وقت احداهما ولم توقت الاخرى فانه يقضي ببينة الذي يدعي الخصوص — وكذا اذا اختلفا في المنع من السفر . وتمامه في النوع الثاني من الباب السابع عشر من الهندية . اختلفا فقال المضارب شرطت لي النصف اي نصف الربح وقال رب المال شرطت لك الثلث ، فالقول قول رب المال — وان اقاما جميعاً البينة ، فالبينة بينة المضارب . ولو هلك المال في يدي المضارب والمسألة بحالها فان المضارب يضمن السدس من الربح ويؤديه الى رب المال من ماله خاصة ولا ضمان عليه فيما سوى ذلك . اذا قال المضارب شرطت لي نصف الربح وقال رب المال شرطت لك مائة من الربح او ثلث الربح وعشرة وفسدت المضاربة ولك اجر مثل عملك فالقول قول رب المال مع يمينه وان اقاما جميعاً البينة فالبينة بينة المضارب ،

مضارب في يده الفان فقال لرب المال دفعت الي الفا وربحت الفا وقال رب المال بل دفعت اليك الفين فالقول للمضارب واذا اختلف رب المال والمضارب في رأس المال والربح فقال رب المال رأس المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال الف وشرطت لي النصف، فالقول للمضارب في قدر رأس المال ولرب المال فيما شرطه له من الربح وايهما اقام البينة على ما ادعى من الفضل، قبلت بينته وتمامه في النوع الثالث من السابع عشر من الهندية . قال المضارب لرب المال دفعت اليك رأس المال الف درهم وبقي هذا الالف ربحا وقال رب المال لم اقبض منك شيئا، فالقول لرب المال مع يمينه فاذا حلف اخذ الالف الباقي برأس ماله ولا ينتظر الى استحلاف المضارب ثم يستحلف المضارب بالله ما استهلكته ولا ضيعته فان حلف، بريء عن الضمان ولم يثبت قبض رب المال وان نكل فقد اقر ان رأس المال كان عنده وقد جحده فصار ضامنا لرأس المال وظهر ان مال المضاربة الف دين والف عين فيأخذ رب المال الالف العين برأس ماله فيكون الالف الدين على المضارب ربحا فيرجع عليه رب المال بخمسماية درهم حصته من الربح كذا في النوع الرابع من الباب السابع عشر من مضاربة الهندية وتمامه هناك

- الباب الثامن -

﴿ في بيان المزارعة والمساقاة و ينقسم الى فصلين ﴾

﴿ الفصل الاول ﴾

(في بيان المزاعة)

المادة ١٤٣١ = ﴿ المزارعة نوع شركة على كون الارض من طرف والعمل من طرف آخر يعني ان الارض تزرع وحاصلاتها تقسم بينهما ﴾

اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وشرعاً عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند الامام رحمه الله تعالى لانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان . وقالا هي جائزة لانها عقد شركة بين المال والعمل فيجوز اعتباراً اي على ما شرطا من نصف او اقل او اكثر بالمضاربة . والفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الامة بها . والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع هداية ملخصاً وفي حاشية الشلبي عن الاتقاني : لها اي للمزارعة حكمان احدهما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع ، او ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البـذر من جهة رب الارض — وحكمها الثاني يثبت في المآل وهو الشركة في الخارج اه ملخصاً

فتبين بهذا ان قوله في هذه المادة المزارعة نوع شركة الخ ، ليس تعريفاً للمزارعة بل بيان لاحد حكميها الذي يثبت في المآل وهو الشركة في الخارج واتى بالعناية في

قوله يعني ان الارض الخ توضيحاً لجهة الاشتراك في الخارج . واشار بهذا البيان الى ان جواز المزارعة معتبر بجواز المضاربة لان في المضاربة رأس المال من جهة والعمل من جهة اخرى وفي المزارعة الارض من جهة والعمل من جهة اخرى - فالارض في المزارعة بمنزلة رأس المال في المضاربة ولهذا لو اشترط العمل على رب الارض تفسد المزارعة كما سيأتي — كما تفسد المضاربة لو اشترط العمل على رب المال . ثم ان المزارعة لازمة من قبل من لا بذر له حتى لا يملك الفسخ الا بعذر ، غير لازمة من قبل من له البذر قبل القاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر حذراً من اتلاف بذره — بخلاف المساقاة فانها لازمة من الجانبين لعدم لزوم الاتلاف فيها رد المحتار عن البزازية وانظر ما سنكتبه في شرح المادة ١٤٣٨

المادة ١٤٣٢ ✵ ركن المزارعة الايجاب والقبول فاذا قال صاحب الاراضي للفلاح اعطيتك هذه الارض مزارعة على ان حصتك من الحاصلات كذا وقال الفلاح قبلت او رضيت او قال قولاً يدل على الرضي او قال الفلاح لصاحب الارض اعطني ارضك على وجه المزارعة لاعمل فيها ورضي الآخر تنعقد المزارعة ✵

كما هو الحكم في جميع العقود ثم بعد هذا يشترط لصحتها شروط يأتي ذكرها . ان توفرت جميعها انعقدت صحيحة والا فاسدة . ولا مخالفة بين ما هنا وبين عبارة الدر حيث قال واركانها اربعة ارض و بذر وعمل وبقر اه ، لان المراد بالركن هنا ما به يقوم عقد الزراعة والمراد به في عبارة الدر ما به يقوم فعلها تأمل .

المادة ١٤٣٣ — ✵ كون العاقدين عاقلين في المزارعة شرط وكونهما بالغين ليس بشرط فيجوز للصبي المأذون عقد المزارعة ✵

ذكر في الهندية ان الشرايط المصححة لعقد الزراعة ، انواع بعضها يرجع الى المزارع وبعضها يرجع الى آلة المزارعة وبعضها يرجع الى المزروع وبعضها يرجع الى الخارج من الزرع وبعضها يرجع الى المزروع فيه وهو الارض وبعضها يرجع الى مدة الزراعة — اما الذي يرجع الى المزارع فنوعان الاول ان يكون عاقلا فلا تصح مزارعة المجنون والصبي الذي لا يعقل المزارعة واما البلوغ فليس بشرط لجوازها — حتى تجوز مزارعة الصبي العاقل المأذون دفعة واحدة . وكذلك الحرية ليست بشرط فتصح مزارعة العبد المأذون دفعة واحدة والثاني ان لا يكون مرتداً على قياس قول ابي حنيفة وعندهما هذا ليس بشرط . ومزارعة المرتد نافذة للحال اه واما الذي يرجع الى المزروع فقد اشار اليه بقوله

المادة ١٤٣٤ = ✻ يشترط تعيين ما يزرع يعني ما يبذر او تعميمه على ان يزرع الفلاح ما شاء ✻

اتي بالعناية اشارة الى ان حقيقة الزرع هي الانبات وهو فعل الخالق تعالى قال الله تعالى ✻ أأنتم تزرعونه ام نحن الزارعون ✻ فاطلاقه على القاء البذر في الارض كما هنا ، مجاز من اطلاق لفظ المسبب على السبب كما في الزيلعي وغيره . ثم ان تعيين ما يزرع او تعميمه ، انما يكون شرطا لصحة المزارعة ، اذا كان البذر من قبل العامل ، لان بعض ما يزرع اضرّ بالارض من بعض آخر وقد علمت ان المزارعة لازمة في حق من لم يكن منه البذر فيتضرر صاحب الارض بزرع ما يضر بالارض . وبالتعميم يكون راضياً بالضرر — اما اذا كان البذر من قبل رب الارض ، فلا يشترط التعيين ولا التعميم لان المزارعة في حقه حينئذٍ غير لازمة وله ان يزرع ما شاء .

لا يقال ان الاجر بعض الخارج واعلام جنس الاجر شرط ، لانا نقول عند القاء صاحب الارض البذر يصير الاجر معلوماً . والاعلام عند التأكد يكون بمنزلة الاعلام وقت العقد افاده في الهندية . ثم ان فسادها بعدم التعيين او التعميم

اذا كان البذر من قبل العامل ، موقت بمدة كونها لم تزرع — حتى كان لصاحب الارض فسخها للفساد فاذا زرعها شيئاً انقلبت جائزة لان صاحب الارض خلى بين العامل وبينها وتركها في يده حتى القى البذر فقد تحمل الضرر فيزول المفسد فتجوز افاده في الهندية . وذكر في حاشية الشلبي عن شرح الطحاوي ، ان صاحب الارض لو شرط على المزارع ان يزرع شيئاً معلوماً فزرع غيره ، يكون مخالفاً سواء اضر بالارض او لم يضر ، لان الاجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فاذا شرط الحنطة فقد رضي ان تكون اجرتها حنطة فاذا زرع الشعير ، صار مخالفاً — بخلاف ما اذا آجرها بدراهم والمسئلة بحالها فانه لا يكون مخالفاً الا اذا زرعها ما هو اكثر ضرراً مما عينه واذا كان مثله او دونه ، لا يكون مخالفاً لان بطلان العقد هنا لاجل المضرة اه ملخصاً . والظاهر ان الواجب على المزارع اذا خالف ، نقصان الارض فليتأمل وليحرر

واعلم ان المراد بتعيين ما يزرع ، بيان جنسه لا قدره كما في عامة المتون قال في الدر : لعلمه اي القدر باعلام الارض وشرطه يعني بيان القدر (في الاختيار اه) ونقله في رد المحتار عن الخانية ثم قال ما نصه : ومفاد التعليل ان معرفة الارض شرط لكن في الخانية ايضاً : وينبغي ان يكون العامل يعرف الارض لانه اذا لم يعلم ، والاراضي متفاوتة لا يصير العمل معلوماً اه . اقول : لا يخفى ان ما في الخانية هو عين ما افاده التعليل فلا وجه للاستدراك . وتوجيهه بان معرفة الارض لو كانت شرطاً ، لقال في الخانية يجب بدلاً عن قوله ينبغي ، او بان قوله ينبغي ، بحث منه فلا تثبت به الشرطية ، مدفوع بما سيأتي التصريح به في شرح المادة ١٤٣٦ عن الهندية معزياً للبدايع — من ان كون الارض معلومة شرط حتى لو كانت مجهولة لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة اه . فينبغي في عبارة الخانية بمعنى يجب واليه يشير التعليل بقوله لانه اذا لم يعلم الخ . وبهذا تعلم ايضاً ان ما في رد المحتار من قوله وقد يقال ان القدر ليس بشرط ان علمت الارض والا فهو شرط وبه يحصل التوفيق بين ما في الخانية وبين ما في الاختيار ، غير مسلم لان اشتراط كون الارض معلومة ، متفق عليه لعلة اخرى وهو ان جهالتها تؤدي الى المنازعة كما مر عن الهندية ، وانها اذا لم تعلم ، لا يصير العمل معلوماً كما مر عن الخانية

فليتنبه له .

المادة ١٤٣٥ = ❊ يشترط حين العقد تعيين حصة الفلاح جزأ شايعاً من الحاصلات كالنصف والثلث وان لم تتعين حصة او تعينت على اعطاء شيء من غير الحاصلات او على مقدار كذا مدّاً من الحاصلات فالمزارعة غير صحيحة ❊

هذا الشرط يرجع الى الخارج من الزرع قال في الهندية : وهو انواع منها ان يكون مذكوراً في العقد حتى لو سكت عنه فسد العقد — ومنها ان يكون لهما حتى لو شرطا ان يكون الخارج لاحدهما لا يصح العقد — ومنها ان يكون حصة كل واحد من المزارعين بعض الخارج حتى لو شرطا ان تكون من غيره ، لا يصح العقد لان معنى الشركة لازم لهذا العقد فكل شرط يكون قاطعاً للشركة يكون مفسداً للعقد — ومنها ان يكون ذلك البعض من الخارج ، معلوم القدر من النصف او الثلث او الربع او نحوه — ومنها ان يكون جزءاً شايعاً من الجملة حتى لو شرطا لاحدهما قفزان معلومة ، لا يصح العقد — وكذا اذا ذكرا جزءاً شايعاً وشرطا زيادة اقفزة معلومة ، لا تصح المزارعة . وعلى هذا اذا شرطا لاحدهما البذر لنفسه وان يكون الباقي بينهما ، لا تصح المزارعة لجوزان لا تخرج الارض الا قدر البذر اه وذكر في الدر وحواشيه انه يفسدها ، ان يشترط لاحدهما مايخرج من موضع معين وكذا اشتراط رفع رب البذر بذره او رفع الخراج الموظف وتنصيف الباقي اذ يحتمل ان لا تخرج الارض الا ذلك المشروط فتنقطع الشركة . وكل ما يؤدي الى قطع الشركة في الخارج مفسد لها — بخلاف اشتراط رفع خراج المقاسمة كثلث او ربع او رفع العشر سواء كان عشر الارض بأن كانت الارض عشرية او عشراً لاحدهما والباقي بينهما فانه يجوز ، لانه مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة . وهذه حيلة لرب الارض اذا اراد ان يرفع بذره ولو لم يشترط عشر الارض على

واحد منهما — ان كان البذر من رب الارض ، فعليه ولو من العامل ، فعليهما . وهو تفصيل حسن . وتفسد لو شرط التبن لاحدهما والحب للآخر لقطع الشركة فيما هو المقصود — وكذا لو شرط تنصيف الحب بينهما وان يكون التبن لغير رب البذر لانه خلاف مقتضى العقد ولانه يؤدي الى قطع الشركة اذ ربما يصيب الزرع آفة فلا يخرج الا التبن وكذا لو شرط تنصيف التبن والحب لاحدهما لقطع الشركة في المقصود وكذا لو شرط تنصيف التبن وسكت عن الحب لعدم تعيين حصة المزارع فيما هو المقصود . وتصح ان شرط تنصيف الحب وان يكون التبن لصاحب البذر لانه شرط هو موجب العقد وكذا اذا لم يتعرض للتبن ، يصح ويكون التبن لرب البذر وقيل بينهما تبعاً للحب . والاول ظاهر الرواية وهو الموافق للعرف اه ملخصاً وذكر في الهندية : ان بينا نصيب احدهما ، ينظران بينا نصيب من لا بذر من جهته جازت المزارعة قياساً واستحساناً وان بينا نصيب من كان البذر من جهته جازت المزارعة استحساناً اه

المادة ١٤٣٦ - ✻ يشترط كون الارض صالحة للزراعة وتسليمها الى الفلاح ✻

هذا الشرط يرجع الى المزروع فيه وهو الارض قال في الهندية : وهو انواع منها ان تكون صالحة للزراعة حتى لو كانت سبخة او نزة ، لا يجوز العقد اما اذا كانت صالحة للزراعة في المدة لكن لا يمكن زرعها وقت العقد لعارض من انقطاع الماء او من زمان الشتاء ونحوه من العوارض التي هي على شرف الزوال في المدة تجوز مزارعتها — ومنها ان تكون معلومة فان كانت مجهولة ، لا تصح المزارعة لانها تؤدي الى المنازعة ولو دفع الارض مزارعة على ان ما يزرع فيها حنطة فكذا وما يزرع فيها شعيراً فكذا فسد العقد لان المزروع فيه مجهول وكذا لو قال على ان يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيراً لان التنصيص على التبعيض ، تنصيص على التجهيل . ولو قال على ان ما زرعت فيها حنطة فكذا ، وما زرعت فيها شعيراً

فكذا ، جاز لانه جعل الارض كلها ظرفاً لزرع الحنطة او لزرع الشعير فانعدم التجهيل — ومنها ان تكون الارض مسلمة الى العاقد مخلاةً وهو ان يوجد من صاحب الارض التخلية بين الارض والعامل حتى لو شرط العمل على رب الارض او اشترط عملهما جميعاً لا تصح المزارعة لانعدام التخلية . والتخلية ان يقول صاحب الارض للعامل سلمت اليك الارض . ومن التخلية ان تكون الارض فارغة عند العقد ، فان كان فيها زرع قد نبت يجوز العقد ويكون معاملة لا مزارعة وان كان فيها زرع قد ادرك ، لا يجوز لان الزرع بعد الادراك لا يحتاج الى العمل فتعذر تجويزها معاملة اه

تتمة

بقي من الشرائط ما يرجع منها الى آلة الزراعة وما يرجع منها الى مدة المزارعة — اما الاول فيشترط ان يكون البقر في العقد تابعاً فان جعل مقصوداً في العقد تفسد المزارعة . واما الذي يرجع الى المدة فيشترط ان تكون المدة معلومة فلا تصح المزارعة الا ببيان المدة لتفاوت وقت ابتداء المزارعة — حتى انه لو كان في موضع لا يتفاوت ، يجوز من غير بيان المدة وتقع المزارعة على اول زرع يخرج . وان بينا وقتاً لا يتمكن فيه المزارع من الزراعة ، فسدت المزارعة وكذلك اذا بينا مدة لا يعيش احدهما الى مثلها غالباً لا تجوز هندية . وفي الخانية : ولو ذكروا للمزارعة سنةً فزرع واستحصد الزرع وبقي الى تمام السنة ، ما لا يتمكن فيه من الزراعة ، لا تبقى المزارعة لانه لا فائدة في بقائها اه — وذكر في الخانية ايضاً ، انه يشترط لصحة المزارعة بيان من كان البذر من قبله لان البذر اذا كان من قبل صاحب الارض كانت المزارعة استئجاراً للعامل — وان كان البذر من قبل العامل كانت المزارعة استئجاراً للارض فكان المعقود عليه مجهولاً واحكامها تختلف ايضاً فان العقد في حق من لا بذر منه يكون لازماً في الحال وفي حق صاحب البذر لا يكون العقد لازماً قبل القاء البذر ولهذا لو دفع الى رجل ارضاً وبذراً مزارعة كانت جائزة . ثم إنّ رب الارض اخذ الارض والبذر وزرعها كان ذلك نقضاً للمزارعة ولا يكون اعانة وقال الفقيه ابو بكر البلخي اذا سكتا عن

بيان من كان البذر من قبله ، يحكم فيه العرف ان كان في موضع يكون البذر من قبل العامل او من قبل صاحب الارض ، يعتبر فيه عرفهم ويجعل البذر على من كان البذر منه في عرفهم ان كان العرف مستمراً وان كان مشتركاً لا تصح المزارعة . وهذا اذا لم يذكرا لفظاً يعلم به صاحب البذر فان ذكرا لفظاً يدل عليه بأن قال صاحب الارض دفعت اليك الارض لتزرع لي او استأجرتك لتعمل فيها بنصيب كذا من الخارج ، يكون بياناً لكون البذر من قبل صاحب الارض وان قال لتزرعها لنفسك ، كان بياناً لكون البذر من قبل العامل اه وذكر في الهنديه عازياً للذخيرة ما نصه : وقد ذكر ابن رستم عن محمد رحمه الله تعالى في نوادره ان من قال لغيره اجرتك ارضي هذه سنة بالنصف او قال بالثلث ، يجوز والبذر على المزارع ولو قال دفعت اليك ارضي مزارعة او اعطيتك ارضي مزارعة بالثلث ، لا يجوز اذ ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولو قال استأجرتك لتزرع ارضي هذه بالثلث فهو جائز والبذر على رب الارض اه

المادة ١٤٣٧ — ❊ اذا فقد شرط من الشروط المذكورة تكون المزارعة فاسدة ❊

ومما يفسدها شرط العمل على صاحب الارض لان ذلك يمنع التسليم كما في الهندية وتقدم التنبيه عليها ومنها شرط البقر على صاحب الارض اي مع كون البذر على العامل كما يأتي قريباً — ومنها شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية .

والاصل ان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل ادراكه وجفافه مما يرجع الى اصلاحه من السقي والحفظ وقلع الحشاوة وحفر الانهار ونحوها فعلى المزارع — وكل عمل يكون بعد تناهي الزرع وادراكه وجفافه قبل قسمة الحب مما يحتاج اليه لخلوص الحب وتنقيته ، يكون بينهما على شرط الخارج — وكل عمل يكون بعد القسمة من الحمل الى البيت ونحوه مما يحتاج اليه لاحراز المقسوم ، فعلى كل واحد في نصيبه . وعن ابي يوسف

رحمه الله تعالى انه اجاز شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية على المزارع ، لتعامل الناس وبعض مشايخنا ما وراء النهر يفتون به ايضاً وهو اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان قالا هذا كله يكون على العامل شرط او لم يشترط بحكم العرف . قال شمس الائمة السرخسي وهذا هو الصحيح في في ديارنا وعن الشيخ ابي بكر محمد بن الفضل ، انه كان اذا استفتى ، يقول فيه عرف ظاهر كذا في المندية قلت وعليه العرف الشايع في ديارنا وان لم يصرحا باشتراطه . ومما يفسدها اشتراط التبن لمن لم يكن البذر من قبله — ومنه ان يشترط صاحب الارض على المزارع عملاً يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد انقضاء مدة المزارعه كبناء الحائط والشرفة واستحداث حفر النهر ورفع المسناة ونحو ذلك . واما الكراب فان شرطاه في العقد مطلقاً عن صفة التثنية قال عامتهم لا تفسد المزارعة وهو الصحيح وان شرطاه مع التثنية فسدت المزارعة لان التثنية اما ان تكون عبارة عن الكراب مرتين مرة للزراعة ومرة بعد الحصاد ليرد الارض على صاحبها مكروبة وهذا شرط مفسد لا شك فيه لان الكراب بعد الحصاد ابس من عمل هذه السنة واما ان تكون عبارة عن العمل مرتين قبل الزراعة فانه عمل يبقى اثره ومنفعته الى ما بعد المدة فكان مفسداً — حتى لو كان في موضع لا تبقى منفعته لا تفسد كذا في المندية .

واعلم ان الاركان التي تقوم بها لزراعة اربعة ارض وبذر وبقر وعمل وهي بالتقسيم العقلي على المتعاقدين على سبعة اوجه لانه اذا كان من احدهما احدها والثلاثة من الآخر فهي اربعة واذا كان من احدهما اثنان واثنان من الآخر فهي ثلاثة . ثم ان مسايل المزارعة في الجواز والفساد ، مبنية على اصل وهو انها تنعقد اجارة وتتم شركة . اذا علمت هذا تعلم ان المزارعة تصح في ثلاثة اوجه من السبعة المذكورة وهي ان تكون الارض والبذر من واحد والبقر والعمل من الآخر — او تكون الارض وحدها منه والباقي من الآخر — او يكون العمل وحده منه والباقي من الآخر . وانما صحت في هذه الثلاثة لما علمت من ان من جوزها انما جوزها على انها اجارة في الابتداء ففي الصورة الاولى يكون صاحب البذر والارض مستأجراً للعامل وبقره تبع له لاتحاد منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استأجر

خياطاً ليخيط له بابرة والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز — وفي الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجراً للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم في الذمة — وفي الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجراً للعامل وحده بلا بقر باجرة معلومة من الخارج فيجوز ، كمن استأجر خياطاً ليخيط له قميصاً بابرة من عند صاحب الثوب . والاصل فيها ان صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما علمت .

وتفسد المزارعة في الاوجه الاربعة الباقية وهي ان يكون الارض والبقر لاحدهما والآخران للآخر — او يكون البقر والبذر له والآخران للآخر — او البقر له والباقي للآخر — او البذر والباقي للآخر — اما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلأن صاحب البذر استأجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض ، مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن ان يجعل تبعاً للارض لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطاً مفسداً — بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز ، لان البقر امكن جعله تبعاً لاتحاد منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط واما الثاني وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقي لآخر ، فلما ذكرنا ان الارض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة . واما الثالث ، وهو ما اذا كان البقر من واحد والباقي من الآخر ، فانه وان كان ينبغي جوازه قياساً على العامل وحده او الارض وحدها — الا ان القياس ان لا تجوز المزارعة كما هو قول الامام لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وانما ترك بالاثر وهو ورد في استئجار العامل او الارض فيقتصر عليه . واما الرابع ، وهو ما اذا كان البذر من واحد والباقي من الاخر ، فلأن الارض لا يمكن جعلها تبعاً لعمله كما قلنا في الثاني فيصير رب البذر مستأجراً للارض والبقر والعامل جميعاً بالبذر . وهذا لم يرد به الشرع . هذا ملخص ما في الدر وحواشيه والهداية والزيلعي وحاشية الشلبي . وقد نظم العلامة ابن عابدين الاوجه السبعة ما يصح منها وما يفسد كما ذكره في تنقيح الحامدية فقال :

ارض وبذر كذا ارض كذا عمل   من واحد ذي ثلاث كلها قبلت
والبذر مع بقر او لا كذا بقر   لا غير او مع ارض اربع بطلت

ووضع جدولاً للصور السبعة بيّن فيه ما يجوز منها وما يفسد هكذا :

لواحد	لاخر	لواحد	لاخر	لواحد	لاخر
ارض بذر	بقر وعمل	عمل فقط	ارض وبقر وبذر	ارض فقط	عمل وبقر وبذر
جايز		جايز		جايز	

لواحد	لاخر	لواحد	لاخر	لواحد	لاخر
ارض وبقر	عمل وبذر	ارض وعمل	بقر وبذر	بقر فقط	ارض وبذر وعمل
فاسد		فاسد		فاسد	

لواحد	لاخر
بذر فقط	ارض وعمل وبقر
فاسد	

ثم اعلم ان الحصر في هذه الصور السبعة مبني على ان بعض هذه الاركان الاربعة من واحد والباقي من آخر كما رأيت . اما لو كان بعضها من واحد والباقي منهما او بعضها منهما والباقي من واحد فهي اكثر من سبعة كما لا يخفى — وكذلك لو كانت المزارعة بين اكثر من اثنين — اما الاول وهو ما اذا كان بعضها من واحد والباقي منهما الخ ، فلم يذكروا له ضابطاً يستخرج منه ما تصح به المزارعة وما تفسد . ومن مسائل هذا القسم ما في الخانية ونصه : فان كانت الارض لاحدهما وشرطا ان يكون البذر منهما ان شرطا العمل على غير صاحب الارض وشرطا ان يكون الخارج بينهما نصفين ، كانت فاسدة ، لان صاحب الارض يصير قائلاً للعامل ازرع ارضي ببذري على ان يكون الخارج من بذري كله لي وازرع ارضي ببذرك على ان يكون الخارج من بذرك كله لك كان فاسداً لان هذه مزارعة بجميع الخارج بشرط اعارة نصف الارض من العامل — وكذا لو

شرطا ان يكون الخارج بينهما اثلاثاً ثلثاه للعامل وثلثه لصاحب الارض او على العكس كان فاسداً لان فيه اعارة الارض اه قال في تنقيح الحامدية : والظاهر ان مثل هذه الصورة ، ما يقع كثيراً في زماننا من كون العمل من واحد والارض من آخر والبقر والبذر منهما لوجود العلة المذكورة . ثم قال في الخانية : واذا فسدت المزارعة كان الخارج بينهما على قدر بذرهما ويسلم لصاحب الارض ما اخذ من الخارج ، لانه نماء ملكه حصل في ارضه وله على الآخر اجر نصف الارض لان الآخر استوفى منفعة ارضه بعقد فاسد . وما اخذ من الخارج يطيب له لانه نماء ملكه في ارضه ويطيب للعامل قدر بذره ويرفع من الباقي اجر نصف الارض وما انفق ايضاً ويتصدق بالفضل ، لان الزيادة حصلت له من ارض الغير بعقد فاسد ولو كانت الارض لاحدهما والبذر منهما وشرط العمل عليهما على ان يكون الخارج بينهما نصفين ، جاز لان كل واحد منهما عامل في نصف الارض ببذره فكانت هذه اعارة نصف الارض لا بشرط العمل له بخلاف الاول اه . قال في رد المحتار اي فلم تكن مزارعة حتى يقال شرط فيها اعارة . وفي الهندية : رجل له ارض اراد ان يأخذ بذراً من رجل حتى يزرعها ويكون الخارج بينهما نصفين ، فمن الحيلة له في ذلك ان يشتري نصف البذر منه ويبرئه البايع من الثمن ثم يقول له ازرعها بالبذر كله على ان الخارج بيننا نصفين اه ثم قال في الخانيه : ولو كانت الارض بينهما وشرطا ان يكون البذر والعمل من احدهما والخارج بينهما نصفان ، لا يجوز لان من لا بذر منه يكون قائلاً للآخر ازرع ارضك ببذرك على ان يكون الخارج كله لك وازرع ارضي ببذرك على ان يكون الخارج كله لي فكان في حقه العقد مزارعة بجميع الخارج فلا يجوز . ولو كان البذر من الدافع والعمل على الآخر والخارج بينهما نصفان لا يجوز ايضاً لان صاحب البذر شرط لصاحبه هبة نصف البذر او اقراض نصف البذر بمقابلة العمل له في نصف الارض وذلك باطل . وكذا لو شرطا ثلثي الخارج للعامل ، والثلث للدافع او بالعكس لان الدافع شرط لنفسه زيادة شيء من الخارج بمجرد البذر ولو كان البذر من العامل وشرطا ثلثي الخارج للعامل ، جاز لان من لا بذر له صار دافعاً ارضه مزارعة ليزرعها العامل ببذر العامل على ان يكون ثلث الخارج للعامل وذلك جائز . ولو كانت

الارض والبذر منهما وشرطا العمل على احدهما على ان يكون الخارج بينهما نصفين لما جاز ويكون غير العامل مستعينا في نصيبه . ولو كانت الارض والبذر منهما فشرطا للدافع ثلث الخارج والثلثين للعامل ، لا يجوز في اصح الروايتين لان الخارج نماء بذرهما فاذا كان البذر منهما كان الخارج مشتركا بينهما فصاحب الثلثين انما يأخذ الزيادة بحكم العمل ومن عمل في محل مشترك لا يستوجب الاجر . ولو شرطا ثلثي الخارج للدافع ، لا يجوز ايضا لان الدافع شرط لنفسه شيئا من نصيب العامل من غير ارض ولا بذر ولا عمل ولو كانت الارض لهما وشرطا ثلثي البذر على الدافع على ان يكون الخارج بينهما نصفين ، لا يجوز لان الدافع شرط لصاحبه بمقابلة عمله أقراض سدس البذر ، ولو شرطا ثلثي البذر على العامل على ان يكون الخارج بينهما نصفين ، لا يجوز لان الدافع في التقدير يصير كانه قال للعامل ازرع ارضك ببذرك على ان يكون الخارج لك وازرع ارضي ببذري وبذرك على ان يكون الخارج لي وانه مزارعة بجميع الخارج فلا يجوز اه . واما الثاني وهو ما اذا كان المزارعة بين اكثر من اثنين فقد وضعوا له ضابطا كما نقله في تنقيح الحامدية عن البزازية والخلاصة والفصولين وهو ان كل وجه لا يجوز اذا كان المزارع واحدا لا يجوز اذا كان اثنين قال في جامع الفصولين وعلى هذا لو اخذ رجلان ارض رجل مزارعة على ان البذر من احدهما والبقر والعمل من الاخر فالمزارعة فاسدة والخارج لرب البذر وعليه اجر ارض و بقر وعمل

وجه الفساد ان المزارعة لا تجوز اذا كان البذر من واحد والباقي من آخر كما تقدم فكذا اذا كان الباقي من اثنين فان الارض في هذه الصورة من ثان والعمل والبقر من ثالث . ومنه ما في الخانية لو اشترك ثلاثة او اربعة ومن البعض البقر وحده او البذر وحده ، فسدت قال في تنقيح الحامدية وعد في الفصل الثلاثين من جامع الفصولين من الصور الفاسدة ، ما لو كان البذر لواحد والارض لثان والبقر لثالث والعمل لرابع او البذر والبقر لواحد والارض لثان والعمل لثالث او البذر والارض لواحد والبقر لثان والعمل لثالث او البذر والارض لواحد والبقر لثان والعمل لثالث . وتمام الكلام فيه فراجعه ووجه ذلك بناء على ما مر من الضابط ، انه اذا كان البذر وحده او البقر وحده او كل

منهما من احدهما والباقي من آخر لا يجوز فكذا اذا كان الباقي من اثنين او ثلاثة اه

المادة ١٤٣٨ = ﴿ كيفما شرط العاقدان في المزارعة الصحيحة تقسم الحاصلات بينهما كذلك ﴾

لما تقدم من ان المزارعة تكون شركة في الخارج انتهاء فكان من احكامها ان يكون الخارج بينهما على ما شرطا حتى لولم تخرج الارض شيئاً او اصطلم الزرع آفة فلا شيء لواحد منهما على صاحبه ومن احكامها جواز الزيادة على الشرط الذي شرطاه من نفس الخارج والحط عنه . والاصل ان كل ما احتمل انشاء العقد عليه احتمل الزيادة وما لا فلا والحط جائز في الحالين جميعاً والزيادة او الحط في المزارعة على وجهين اما ان يكون من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض ولا يخلو اما ان يكون البذر من المزارع واما ان يكون من صاحب الارض فيمد ما استحصد الزرع والبذر من قبل العامل وكانت المزارعة على النصف مثلاً فزاد المزارع صاحب الارض السدس في حصته وجعل له الثلثين ورضي به صاحب الارض ، لا تجوز الزيادة والخارج بينهما على الشرط . وان زاد صاحب الارض المزارع السدس في حصته وتراضيا ، فالزيادة جايزة لان الاول زيادة عن الاجر بعد انتهاء عمل المزارع باستيفاء المعقود عليه وهو المنفعة وانها لا تجوز — والثاني حط عن الاجرة وانه لا يستدعي قيام المعقود عليه . هذا اذا كان البذر من قبل العامل واذا كان البذر من قبل صاحب الارض فزاد صاحب الارض ، لا يجوز وان زاد المزارع جاز . هذا اذا زاد احدهما بعد ما استحصد الزرع فان زاد قبل ان يستحصد جاز ايهما كان .

ومنها ولاية جبر المزارع على الكراب يعني فلاحة الارض وعدمها . وهذا على وجهين اما ان شرطا الكراب في العقد او سكتا عن شرطه فان شرطاه ، يجبر عليه وان سكتا عنه ينظر ان كانت الارض مما تخرج الزرع بدون الكراب زرعاً معتاداً يقصد مثله في عرف الناس ، لا يجبر المزارع عليه وان كانت لا تخرج

اصلاً او تخرج شيئاً قليلاً لا يقصد مثله بالعمل يجبر على الكراب . وعلى هذا اذا امتنع المزارع عن السقي ان كانت الارض مما تكتفي بماء السماء وتخرج زرعاً معتاداً بدونه لا يجبر على السقي — وان كانت مما لا تكتفي بماء السماء يجبر

ومن احكامها ان هذا العقد غير لازم في جانب صاحب البذر ولازم في جانب الاخر — حتى لو امتنع بعد ما عقد عقد المزارعة وقال لا اريد زراعة الارض ، له ذلك سواء كان له عذر او لم يكن . ولو امتنع صاحبه ليس له ذلك الا من عذر ولو القي البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك احدهما الفسخ بعد ذلك الا بعذر هندية . وفي رد المحتار : انما لا يجبر رب البذر على المضي لانه لا يمكنه ذلك الا باتلاف بذره ولا يدري هل يخرج ام لا فصار نظير ما اذا استأجره لهدم داره ثم امتنع منح قال الرملي : اما اذا لم يأب لكن وجد عاملاً ارخص منه او اراد العمل بنفسه يجبر لعدم العلة يدل عليه التشبيه اذ لو لم يمتنع عن الهدم لكن وجد ارخص منه او اراد هدمها بنفسه ليس له ذلك . وعلى هذا للعامل تحليفه عند الحاكم على الامتناع لانه يجوز ان يريد غير ما اظهره وقد ذكر في الجوهرة في مسئلة بداء المستأجر عن السفر ما يفيد هذه الاحكام وهي كثيرة الوقوع تأمل اه . وذكر في الدر وحواشيه ان رب الارض لو امتنع عن المضي فيها لكون البذر من قبله ، وقد كرب العامل في الارض فلا شيء له اي للعامل لان ما اتى به ، مجرد منفعة وهي لا تتقوم الا بالعقد والعقد قومه بجزء من الخارج وقد فات . وهذا قضاء واما ديانة فيلزمه استرضاؤه بان يوفيه اجر مثله لانه صار مغروراً بعمله من جهة رب الارض بالعقد اه

المادة ١٤٣٩ = ✲ تكون كل الحاصلات في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر وللاخر اجرة ارضه ان كان صاحب ارض وان كان فلاحاً فله اجر المثل ✲

اي اجر مثل عمله غير ان اجر المثل لا يجب في المزارعة الفاسدة ما لم يوجد

استعمال الأرض فاذا استعملها المزارع وجب اجر المثل ، وان لم تخرج الارض شيئاً لان اجر المثل يجب في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم الخارج — بخلاف المزارعة الصحيحة فانه لا يجب شيء اذا لم تخرج الارض شيئاً ، لان استحقاقه ، الشركة في الخارج فيفوت الاستحقاق بعدمه ولا يزيد على المشروط عندهما . وعند محمد يجب تاماً اي بالغاً ما بلغ . وهذا اذا كان حصة كل واحد منهما مسماة في العقد . وان لم تكن مسماة ، يجب تاماً بالاجماع

والحاصل ان الخارج كله يكون لصاحب البذر ، لانه نماء ملكه سواء كان البذر من رب الارض او من المزارع . ثم ان كان البذر من قبل صاحب الارض كان للعامل عليه اجر مثل عمله — وان كان من قبل المزارع ، كان عليه لرب الارض اجر مثل ارضه . ولو كان البقر مشروطاً على رب الارض ، استحق اجر مثل الارض والبقر في الصحيح وقيل اجر مثل الارض مكروبة .

ثم ان البذر اذا كان من قبل رب الارض وغرم للعامل اجر مثله ، فالخارج كله طيب له واذا كان من قبل العامل وغرم لصاحب الارض اجر مثل ارضه ، فالخارج كله لا يطيب له بل يأخذ من الزرع قدر بذره وقدر اجر مثل الارض ويطيب له ذلك ويتصدق بالفضل كما تقدم ولا يعتبر اجرة نفسه لعدم العقد على منافعه لانه صاحب الاصل الذي هو البذر . واذا اراد رب الارض والمزارع ان يطيب لهما الخارج في موضع فسدت فيه المزارعة عندهم جميعاً او عند ابي حنيفة القائل بعدم صحتها ، وان استكملت شروط الصحة عندهما ، ان يميزا نصيبهما ويقول رب الارض للمزارع وجب لي عليك اجر مثل الارض او نقصانها او وجب لك علي اجر مثل عملك وثيرانك وقدر بذرك فهل صالحتني على هذه الحنطة وعلى ما وجب لك علي عما وجب لي عليك فيقول المزارع صالحت او يقول المزارع ذلك ايضاً ويقول رب الارض صالحت فاذا تراضيا على ذلك ، جاز ويطيب لكل واحد منهما ما اصابه من الحنطة ، لان الحق بينهما لا يعدوهما فاذا تراضيا فقد زال الموجب للخبث وهو كون الكسب بعقد فاسد

المادة ١٤٤٠ = اذا مات صاحب الارض والزرع اخضر

فالفلاح يداوم على العمل الى ان يدرك الزرع فلا يسوغ لورثة المتوفي منعه واذا مات الفلاح فوارثه قايم مقامه ان شاء داوم على العمل الى ان يدرك الزرع فلا يسوغ لصاحب الارض منعه *

لكن اذا قال الوارث لا اعمل ، لا يجبر عليه ويكون لصاحب الارض ثلاث خيارات كما سيأتي وحاصل ما ذكروه ان القياس ان تبطل المزارعة بموت احد المتعاقدين لانها اجارة ابتداء وهي تبطل بموت احدهما اذا عقداها لانفسهما كما تقدم في الاجارة . وفي الاستحسان اذا مات احدهما وقد نبت الزرع ، يبقى العقد حتى يستحصد ذلك الزرع مراعاة للحقين — سواء كان البذر من قبل رب الارض او من قبل العامل فيعمل العامل فيما اذا مات رب الارض او يعمل ورثته فيما اذا مات هو . ولا تكون اجارة مبتداة فلا يجب على العامل او ورثته شيء من اجرة الارض فاذا حصد يقسم على ما شرطا . ثم اذا كان العقد على اكثر من سنة يبطل في الباقي على ما هو القياس كما يبطل لو مات رب الارض مثلاً قبل الزراعة . ولو كان المزارع كرب الارض وحفر الانهار وسوى المسناة فلا شيء له في مقابلة ذلك لان عمله تقوم بالخارج ولا خارج فلا يجب له شيء لا قضاء ولا ديانة — بخلاف ما اذا امتنع رب الارض من المضي عليها لكون البذر من قبله حيث يفتي ديانة بارضائه باجرة المثل كما تقدم في شرح المادة ١٤٣٨

والفرق انه في المسئلة الاولى كان مغروراً من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا ، لان الموت يأتي بدون اختياره . وهذا اذا قال المزارع او ورثته لا اقلع الزرع فان قال اقلعه وابى عن العمل كان له ذلك ولا يجبر على العمل ، لان الاستحسان في بقاء العقد كان مراعاة لحقه في الزرع فاذا رضي بالقلع رجعنا الى القياس وهو بطلانها ويثبت حينئذ لرب الارض او ورثته ثلاث خيارات ان شاؤوا قلعوا الزرع معه ويكون المقلوع بينهم وان شاؤوا انفقوا على الزرع بأمر القاضي حتى يرجعوا على المزارع بجميع النفقة مقدراً بالحصة — وان شاؤوا غرموا حصة المزارع من الزرع ويصير الزرع كله لهم .

بقي ما اذا مات رب الارض بعد الزراعة قبل النبات هل تبقى المزارعة كما اذا نبت او تبطل كما اذا لم يزرع ؟ اختلف فيه المشايخ هذا حاصل ما في الدر وحواشيه والزيلعي والهندية وغيرها . والظاهر ان اختلاف المشايخ في المسئلة الاخيرة مبني على الخلاف في ان القاء البذر في الارض هل هو استهلاك فلا يوجب بقاء عقد الزارعة او هو استنماء فيوجبه كما ستعلمه في المسائل الآتية . وهذا الذي ذكرناه ، في موت احد المتعاقدين — اما اذا لزم فسخ المزارعة لعذر كما اذا كان على رب الارض دين لا وفاء له الا من ثمن الارض فان كان قبل القاء البذر في الارض تفسخ المزارعة وتباع بالدين لانها كالاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر وليس للعامل ان يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد وتقويمها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء . ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير اهون من الابطال لكن يخرج القاضي المديون من الحبس ان كان حبسه به لانه لما لم يجز بيع الارض لم يكن هو مماطلاً فلم يكن ظالماً والحبس جزاء الظلم بالمماطلة ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت بعد في رواية ، لانه ليس لصاحب البذر في الارض عين مال قائم ، لان التبذير اي القاء البذر في الارض ، استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المضي على المزارعة كان عذراً لانه امتناع عن الاستهلاك فصار البذر مستهلكاً . والمستهلك ليس بمال فاذا لم تكن له عين فيها تباع في الحال للدين كما تباع قبل الزراعة في الحال . وهل يضمن له صاحب الارض مثل بذره على قول ابي يوسف نعم . وقال محمد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة ويضمن ما زاد البذر ، لانا احتجنا الى قطع حقه للحال فتجب القيمة للحال . وقيل لا تباع حتى تستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد ، لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنماء — الا ترى ان الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير . ولو كان استهلاكاً لما ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما لا تباع بعد النبات زيلعي مع زيادة من حاشيته للشلبي . ولو لم يمت احدهما ولكن المزارع قد كان اخر الزراعة فزرع آخر السنة وانقضت السنة ، والزرع بقل لم يستحصد فاراد رب الارض ان يقلع الزرع وابى المزارع ، لا يتمكن رب الارض من القلع وتثبت

أجارة بينهما في نصف ارض الزرع حكماً — الى ان يستحصد الزرع ، صيانة لحق المزارع في الزرع فيجب على المزارع نصف اجر مثل الارض لرب الارض ، وهذا بخلاف ما اذا مات المزارع فانه لا اجرة على العامل عن الارض ولا على صاحب الارض شيء من العمل ونفقة الزرع — بل يكون جميعه على المزارع

والفرق ان هنا انقضت مدة المزارعة وانتهى العقد فوجبت اجرة المثل باجارة مبتدأة ووجبت عليهما موءنة الزرع بقدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما . وفي صورة الموت قبل الادراك ابقينا عقد الاجارة استحساناً فامكن استمرار العامل او ورثته على ما كان من العمل لبقاء العقد . ثم اذا وجبت عليهما نفقة الزرع في صورة انقضاء المدة قبل الادراك ، لو انفق احدهما على الزرع بغير امر القاضي وبغير امر صاحبه فهو متطوع ، لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك . ولو اراد رب الارض ان يأخذ الزرع بقلا ليس له ذلك ، لما فيه من الاضرار بالآخر . ولو اراد المزارع ان يأخذه بقلاً ، قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع لترجع انت عليه بما انفقت دفعاً للضرر عنه اه ملخصاً من الدر وحواشيه والزيلعي والهندية . وفيها ولو هرب العامل قبل ان يستحصد الزرع فانفق صاحب الارض بامر القاضي على الزرع حتى استحصد ثم قدم المزارع فلا سبيل له على الزرع حتى يوفي صاحب الارض جميع نفقته ولا يأمره القاضي بالانفاق حتى يقيم البينة عنده على ما يقول ويقبل هذه البينة منه ليكشف الحال بغير خصم فاذا اقام البينة كان امر القاضي اياه كامر المودع لو كان حاضراً فيكون له ان يرجع بجميع ما انفق وان اختلفا في مقدار النفقة فالقول قول المزارع بيمينه على العلم وتمامه فيها

❊ فروع ❊

واذا قصر المزارع في سقي الارض حتى هلك الزرع ، لم يضمن المزارع في المزارعة الفاسدة ويضمن في الصحيحة لوجوب العمل عليه فيها كما مر وهي في يده امانة فيضمن بالتقصير . وفي السراجية اكار ترك السقي عمداً حتى يبس ضمن

وقت ما ترك السقي ، قيمته نابتاً في الارض وان لم يكن للزرع قيمة قومت الارض مزروعة وغير مزروعة فيضمن فضل ما بينهما . اخر الاكار السقي ان تأخيراً معتاداً لا يضمن والا ضمن . شرط عليه الحصاد بناء على ما هو الاصح من صحة اشتراطه عليه فتغافل حتى هلك ضمن — الا ان يؤخر تأخيراً معتاداً . ترك حفظ الزرع حتى اكله الدواب ضمن . وان لم يرد الجراد حتى اكله كله ان امكن طرده ضمن والا لا كذا في الدر متناً وشرحاً . وهذا اذا لم يدرك الزرع فاما اذا ادرك فلا ضمان على المزارع بترك الحفظ هندية عن الذخيرة وسيأتي انه على العامل للعرف . زرع ارض رجل بلا امره ، طالبه بحصة الارض — فان كان العرف جرى في تلك القرية بالنصف او بالثلث ونحوه وجب ذلك . حرث بين رجلين ابى احدهما ان يسقيه ، اجبر فلو فسد قبل رفعه للحاكم ، لا ضمان عليه وان رفع الامر الى القاضي وامره بذلك ثم امتنع ، ضمن . وكون احد الشريكين يجبر هو احد قولين ثانيهما انه لا يجبر ويقال للطالب اسقه وانفق ثم ارجع بنصف ما انفقت . ونقل الثاني في التتارخانية عن جامع الفتاوي مقتصراً عليه . شرط البذر على المزارع ثم زرعها رب الارض ان على وجه الاعانة فمزارعة والا فنقض لها . دفع الارض المستأجرة من المؤجر مزارعة ، جاز ، ان البذر من المستأجر — لا اذا كان من المؤجر . وهذا التفصيل قول ابي يوسف وقال محمد لا يجوز سواء كان البذر من المؤجر او المستأجر لان صاحب الارض يصير اجيراً بنصف ما يخرج من ارضه — الا ان يكون استأجره بدراهم وهو الاصح المعتمد . ولو ان المستأجر دفعها للمؤجر معاملة ، لا يجوز اتفاقاً . استأجر ارضاً ثم استأجرها صاحبها ليعمل فيها عملاً غير المعاملة ، جاز كذا في الدر متناً وشرحاً مع زيادة من حاشية رد المحتار .

المعاني التي هي عذر في فسخ المزارعة ، انواع بعضها يرجع الى صاحب الارض وبعضها يرجع الى المزارع — اما الاول فهو الدين الفادح الذي لا قضاء له الا من ثمن هذه الارض بفسخ العقد بهذا العذر اذا امكن الفسخ بان كان قبل الزراعة على ما تقدم بيانه آنفاً — واما الثاني فنحو المرض لانه يعجز عن العمل وكذا السفر لانه يحتاج اليه وكذا ترك حرفة الى حرفة لان من الحرف ما لا يغنيه من جوع ، وكذا مانع يمنعه عن العمل ويجب ان يكون فصل المرض

والسفر على التفصيل ان أخذه مزارعة ليعمل بنفسه واجرائه لا يكون مرضه أو سفره عذراً وان ليعمل بنفسه يكون عذراً هندية ملخصاً ٠

وفيها من الباب العاشر لو كان البذر مشروطاً على المزارع وزرعها المزارع فاستحق الارض آخر ، اخذها المستحق بدون الزرع وله ان يأمر المزارع بقلعه ، وان كان بقلاً ٠ ولا تترك الارض بيده باجارة الى ان يستحصد ويكون القلع عليه وعلى الدافع مناصفةً ٠ ثم المزارع بالخيار — ان شاء رضي بنصف المقلوع ولا يرجع على الدافع بشيء ، وان شاء رد المقلوع عليه وضمنه قيمة حصته من زرع له حق القرار ٠ ثم يضمّن المستحق نقصان الارض المزارع خاصة ويرجع المزارع على الذي دفع له الارض وهذا قولهما ، وقال محمد المستحق بالخيار ان شاء ضمن نقصان الارض الدافع وان شاء المزارع ، ثم يرجع به المزارع على الدافع وهو بناء على مسئلة غصب العقار ٠

هذا اذا كان البذر من قِبل المزارع ، فان كان من قِبل الدافع وامرهما المستحق بالقلع وقلعا ، فالمزارع بالخيار ان شاء رضي بنصف المقلوع ولا شيء له غيره وان شاء تركه للدافع ورجع عليه بأجر مثل عمله على قول الفقيه ابي بكر البلخي وبقيمة حصته من الزرع على قول ابي جعفر ٠ ولو ان المستحق اجاز المزارعة ، ذكر شيخ الاسلام ان الجواب فيه على التفصيل — ان كان البذر من جهة رب الارض لا تعمل اجازته وان كان من قِبل العامل ، صحت قبل المزارعة لا بعدها كمن آجر دار غيره شهراً فان اجاز مالكها الاجارة قبل مضي المدة جاز وان بعدها لا اهـ ثم نقل فيها عن المنتقى ، ان معنى صحة جواز اجازة الزراعة من المستحق ، ان لا يكون للمستحق بعد الاجازة ، ان يطالب المزارع بقلع الزرع وقبل الاجازة كان له ذلك ، لا ان يصير الزرع للمستحق رب الارض — بل جميع ذلك بين المزارع والدافع اهـ ملخصاً ٠ زرع ارض غيره فلما حصد الزرع قال صاحب الارض كنت اجيري زرعتها ببذري وقال المزارع كنت اكاراً وزرعت ببذري كان القول قول المزارع ، لانهما اتفقا على ان البذر كان في يده فيكون القول قول ذي اليد خانية وتمام بيان مسائل الاختلاف الواقع بين رب الارض ، مبسوط في الباب الثاني والعشرين من مزارعة الهندية ٠

﴿ الفصل الثاني ﴾

﴿ في بيان المساقاة ﴾

المادة ١٤٤١ – ﴿ المساقاة نوع شركة على ان يكون اشجار من طرف وتربية من طرف آخر ويقسم ما يحصل من الثمر بينهما ﴾

وتسمى المعاملة في لغة اهل المدينة وبها عبر في كثير من المعتبرات كالخانية والهندية . ويقال هنا ما قلناه في شرح المادة (١٤٣١) من انه ليس المراد من هذه المادة تعريف المساقاة بل المراد منها ، ان جوازها معتبر بجواز المضاربة لان في المضاربة رأس المال من جهة والعمل من جهة اخرى ، وفي المساقاة الاشجار من جهة وتربيتها من جهة اخرى . وفيها ايضاً اشارة الى بيان حكم من احكامها وهو الشركة في الثمر على ما شرطا اذا كانت صحيحة

واما تعريفها فهو كما في عامة المتون معاقدة على دفع الشجر الى من يصلحه بجزء من ثمره . والمراد من الشجر كل نبات بالفعل او بالقوة يبقى في الارض سنة او اكثر فيشمل جميع الاشجار حتى الحور والصفصاف لان المراد بالثمر في التعريف ، ما يتولد منه ويشمل اصول الرطاب والباذنجان والقوة وبصل الزعفران وخرج بذلك ما لو دفع الغنم والدجاج او دود القز او النحل بالمهملة ليقوم عليه بحصته من ثمراته فانه لا يجوز — وكذا لو اعطاه بذر الفيلق ليقوم عليه ويعلفه بالاوراق على ان الحاصل بينهما — فهو لرب البذر ، وللرجل عليه قيمة الاوراق واجر مثله . وهي اي المساقاة كالمزارعة حكماً وهو انها تصح على المفتى به ، وخلافاً اي بين الامام وصاحبيه ، وشروطاً تمكن هنا — واما ما لا يمكن منها هنا فلا تشترط كشرط بيان البذر وجنسه ومن هو عليه وصلاحية الارض للزراعة فانها غير ممكنة في المساقاة . وتخالف المساقاة المزارعة في اربعة اشياء الاول انها تنعقد لازمة

من الطرفين فاذا امتنع احدهما عن المضي يجبر عليه - بخلاف المزارعة فان رب البذر اذا امتنع قبل الالقاء لا يجبر عليه كما تقدم الثاني اذا انقضت مدة المساقاة قبل انتهاء الثمر تترك بلا اجر لان الشجر لا يجوز استئجاره ويعمل العامل ايضاً بلا اجر لانه لما لم يجب عليه اجر الارض وجب عليه العمل بلا اجر - بخلاف المزارعة فان رب الارض يستوجب اجرة مثل ارضه بعد انقضاء مدة الزراعة لان الارض يجوز استئجارها حينئذ فلا يستوجب العمل في نصيبه على العامل بعد انقضاء المدة . الثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل باجر مثله وفي المزارعة بقيمة الزرع نابتاً له حق القرار . وهذا اي استحقاق العامل اجر مثله ، مقيد بما اذا كان النخيل فيه ثمر وقت الاستحقاق والا فلا اجر له لان المنافع اذ لم تصر عيناً لا تكون مضمونة - بخلاف ما اذا صارت عيناً الرابع بيان المدة ليس بشرط في المساقاة للعلم بوقته عادة فيقع على اول ثمر يخرج فيكون اول المدة وقت العمل في الثمر المعلوم وآخرها وقت الادراك المعلوم وقدمنا في المزارعة انه اذا كان لابتداء الزرع وقت معلوم عرفاً تجوز ايضاً وعليه الفتوى وعليه فلا فرق بين المزارعة والمساقاة من هذا الوجه هذا حاصل ما في الدر وحواشيه

وذكر الزيلعي ان المساقاة اذ لم تبين فيها المدة تجوز استحساناً لان وقت ادراك الثمر معلوم وقلما يتفاوت فيه فيدخل ما هو المتيقن به . وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا ، بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيها بيان المدة - بخلاف الزرع لان ابتدائه يختلف . والانتهاء مبني عليه فتدخله الجهالة الفاحشة - وبخلاف ما اذا دفع له غرساً قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتاً فاحشاً فلا يمكن صرفه الى اول ثمرة تخرج منه - وبخلاف ما اذا دفع نخيلاً او اصول رطبة على ان يقوم عليها حتى تذهب اصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل او الرطبات لان الرطبة تنمو ما دامت متروكة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة - وكذا اذا اطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب بخلاف ما اذا اطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى اول ثمر يخرج منه

والفرق ان ثمر النخيل ، لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة

اول جزء منه حتى لو كان معروفاً جاز لعدم الجهالة فصار كبذره وثمار النخل ،
ولو اطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انقضت المعاملة فيها لانتهاء مدتها فان سميا مدة يعلم ان الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكرا مدة محتملة لطلوع الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود . ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تاخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء — بخلاف ما اذا لم يخرج اصلاً فانه لا يتبين ان العقد كان فاسداً فيبقى العقد صحيحاً ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه اه

المادة ١٤٤٢ — ﴿ ركن المساقاة الايجاب والقبول فاذا قال صاحب الاشجار للعامل اعطيتك اشجاري هذه بوجه المساقاة على ان تأخذ من ثمرتها كذا حصة وقبل العامل يعني الذي يربي الاشجار تنعقد المساقاة ﴾

لازمة من الطرفين بخلاف المزارعة كما تقدم ولا بد لصحتها من ان يقع العقد على ما هو في حد النمو بحيث يزيد في نفسه بعمل العامل رد المحتار فان كان المدفوع نخلاً فيه طلع او بسر قد احمر او اخضر الا انه لم يتناه عظمه جازت المعاملة وان كان قد تناهى عظمه — الا انه لم يرطب فالمعاملة فاسدة ويكون الخارج كله لصاحب النخل هندية . وللعامل اجر مثل عمله ان قام عليه وحفظه حتى صار ثمراً و كذلك العنب وجميع الفاكهة في الاشجار و كذلك الزرع ما لم يبلغ الاستحصاد واذا استحصد لم يجز دفعه لمن يقوم عليه ببعضه والجواب فيه كالاول رد المحتار

﴿ فرع ﴾

يجوز اضافة المزارعة والمساقاة الى وقت في المستقبل رد المحتار عن البزازية ؛

المادة ١٤٤٣ — ﴿ كون العاقدين عاقلين شرط ﴾

فلا يجوز عقد من لا يعقل واما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية كما هو الحكم في المزارعة كما تقدم

المادة ١٤٤٤ = ﴿ كون حصة العاقدين في عقد المساقاة جزءً شايعاً كالنصف والثلث شرط ايضاً كما في المزارعة ﴾

المراد انه يشترط ذكر حصة كل واحد من العاقدين او حصة العامل منهما فقط كما في رد المحتار . وفيه اشارة انه لا بد ان يكون الخارج لهما فلو شرطا ان يكون الخارج لاحدهما فسدت كما تفسد لو شرط ان تكون حصته من غير الخارج او شرطا لاحدهما قفزان معلومة او ذكرا جزءاً شايعاً وشرطا زيادة اقفزة معلومة الى آخر ما ذكرناه في شرح المادة ١٤٣٥

المادة ١٤٤٥ = ﴿ تسليم الاشجار الى العامل شرط ﴾

المراد من التسليم التخلية بين الاشجار وبين العامل كما في رد المحتار حتى لو شرط العمل عليهما فسدت لان هذا الشرط يمنع من التسليم

المادة ١٤٤٦ — ﴿ تقسيم الثمر في المساقاة الصحيحة بين العاقدين على الوجه الذي شرطا ﴾

من النصف او الثلث او نحو ذلك لصحة الالتزام . وان لم يخرج شيء من الثمر ، فلا شيء للعامل لان استحقاقه في الشركة في الثمر ولا ثمر . وهذا اذا كان عقد المساقاة مطلقاً عن بيان المدة بحيث وقع العقد على اول ثمر يخرج - اما اذا ذكرا مدة يمكن فيها خروج الثمر ويمكن عدمه فخرج من الثمر شيء يرغب في مثله في المعاملة ، فالحكم كذلك يعني يكون الثمر على ما شرطا ولا شيء للعامل - وكذا اذا لم يخرج ثمر اصلاً لآفة سماوية فانه لا شيء للعامل لصحة العقد حينئذ اما اذا خرج شيء قليل لا يرغب في مثله او تأخر خروج جميع الثمر عن المدة المضروبة كان للعامل اجر مثل عمله والذي يخرج من الثمر بعد المدة يكون لرب الاشجار لانه بتأخر خروج ما يرغب في مثله في المساقاة تبين فساد عقد المساقاة فصار كما اذا ضرب لها مدة لا يمكن فيها خروج الثمر كما قدمناه في شرح المادة ١٤٤١ . وافاد في الحامدية اخذاً من كلامهم ، انه لو برز بعض يرغب في مثله من الثمر في المدة وتأخر بعضه عن المدة ، كان للمساقي الحصة المشروطة فيما برز ولا شيء له فيما تأخر بروزه عن المدة وانما له اجر مثل عمله عليه الى انتهاء المدة وانه لو خرج في المدة شيء قليل لا يرغب في مثله في المعاملة تفسد ، وان تتابع خروجه بعد انتهاء المدة فليراجع

المادة ١٤٤٧ - * يكون الثمر الحاصل في المساقاة الفاسدة بتمامه لصاحب الاشجار ويأخذ العامل اجر المثل *

سواء اخرجت الاشجار ثمراً او لم تخرج لان المساقاة الفاسدة بمعنى الاجارة الفاسدة مجمع الأنهر . قال في الهندية : ومن احكام المساقاة الفاسدة ان وجوب اجر المثل لا يجب على الخارج بل يجب وان لم يخرج الشجر شيئاً اه - واما ما نقله الشارح اللبناني عن مجمع الانهر من ان الاشجار اذا لم تخرج شيئاً فلا شيء للعامل ، فهو فرية بلا مرية وانما ذكر هذا الحكم في الملتقى وغيره في الاجارة الصحيحة كما نبه عليه في شرحه مجمع الانهر فليراجع . وافاد في الهندية ان اجر المثل يجب فيها

مقدراً بالمسمى لا يتجاوز عنه عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله تعالى يجب تماماً . وهذا الاختلاف اذا كانت حصة كل واحد منهما مسماة في العقد فان لم تكن مسماة يجب اجر المثل تماماً بلا خلاف اه

والظاهر انه اذا لم تخرج الاشجار ثمراً يرتفع الخلاف ايضاً كما اذا لم تسم حصة كل منهما لعدم ما يرجع اليه حينئذ وليراجع

المادة ١٤٤٨ — ✻ اذا مات صاحب الاشجار والاثمار فجّة يقوم العامل على العمل الى ان ينضج الثمر فلا يسوغ لورثة المتوفي منعه واذا مات العامل فوارثه يكون قائماً مقامه ان شاء داوم على العمل فلا يسوغ لصاحب الاشجار منعه

دفعاً للضرر عن الوارث وان شاء ترك العمل لانه رضي بالضرر فلا يجبر عليه لكن حينئذ يخيّر الدافع بين ان يقسم الفجّ ، على الشرط ، وبين ان يعطي الوارث قيمة نصيبه من الفج ، وبين ان ينفق على الفجّ باذن القاضي فيرجع بجميع ما انفقه في حصة الوارث ان كان قدرها او دونها لا بالزائد عليها . وكما لا يجبر ورثة العامل هنا على العمل — كذلك لا يجبر العامل في الصورة الاولى ، وهي ما اذا مات الدافع ، والثمر فجّ اي نيّ واذا رضي بالضرر وترك العمل ، كانت الخيارات الثلاثة لورثة الدافع على ما وصفنا . ولو مات كل من الدافع والعامل فالخيار بين العمل والترك لورثة العامل دفعاً للضرر عنهم فلو التزموا الضرر وابوا عن العمل لا يجبرون عليه وكان لورثة الدافع الخيارات الثلاثة وكذا لو لم يمت احدهما بل انقضت مدة المساقاة ، والثمر نيّ كان الخيار للعامل ان شاء عجل ولا يسوغ للدافع منعه — وان شاء ترك العمل وكان للدافع الخيارات الثلاثة المذكورة

والحاصل ان المساقاة كالمزارعة تبطل بالموت وبمضي المدة لكن يبقى حكمها استحساناً دفعاً للضرر ولم يفرقوا بين المساقاة والمزارعة في جميع هذه الاحكام

الاً من وجه واحد وهو انه في المساقاة اذا كان البطلان لمضي المدة ، لا يجب على العامل اجر حصته من الشجر الى ان يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره - بخلاف المزارعة حيث يجب عليه اجر مثل الارض - وكذا العمل كله على العامل ، وفي المزارعة عليهما وقد قدمنا هذا في شرح المادة (١٤٤١) هذا ملخص ما في الدر وحواشيه وغيرها قال في رد المحتار : ثم اعلم ان ظاهر التقييد بأمر القاضي انه لا رجوع بدونه فتنبه اه - لكن ذكر في الهندية عن السراجية : دفع كرمه معاملة فمات العامل في السنة فانفق رب الكرم بغير امر القاضي لم يكن متبرعاً ورجع به في الثمر ولا سبيل للعامل على الغلة حتى يعطيه نفقته - وكذا في الزرع ولو غاب والمسئلة بحالها لم يرجع اه فتأمل

✻ مسائل متفرقة ✻

دفع ارضاً بيضاء ليغرس وتكون الارض والشجر بينهما ، لا تصح لاشتراط الشركة فيما هو موجود قبل الشركة فكان كقفيز الطحان فتفسد . والثمر والغرس لرب الارض تبعاً لارضه وللآخر قيمة غرسه يوم الغرس واجر مثل عمله - كذا في التنوير وشرحه الدر .

قيد باشتراط كون الارض والشجر بينهما ، لانه لو شرط ان يكون هذا الشجر بينهما فقط تصح اذا ضربا لذلك مدة قال في الخانية : دفع اليه ارضاً مدة معلومة على ان يغرس فيها غراساً على ان ما تحصل من الاغراس والثمار يكون بينهما ، جاز اه وتصريحهم بضرب المدة صريح في فسادها بعدمه - ووجهه انه ليس لادراكها مدة معلومة وهذه تسمى مناصبة ومغارسة ويفعلونها في زماننا بلا بيان مدة وقد علمت فسادها رد المحتار . واذا فسدت لعدم المدة هل يكون الغرس والثمر لرب الارض وللآخر قيمة الغرس واجرة مثل عمله كما لو فسدت باشتراط بعض الارض لتساويهما في العلة اجاب الرملي بحثاً نعم قال وهي واقعة الفتوى . ونقل العلامة ابن عابدين في رد المحتار عن الذخيرة والتتارخانية ، ما يفيد ان الغراس في هذه الصورة للغارس لا للدافع كما في الصورة الاولى وانه يكلف قلعه ثم ادعى الفرق بين المسئلتين - وهو انه عند اشتراط نصف الارض يكون

العامل مشتريًا نصف الارض بالغراس المجهول فيفسد العقد فاذا غرسه في الارض باذن صاحبها فكأن صاحبها فعل ذلك بنفسه فيصير قابضاً ومستهلكا بالعلوق فيجب عليه قيمته واجر المثل — واما اذا كان الفساد لعدم المدة فهو في معنى استئجار الارض بنصف الخارج واذا فسد العقد لعدم المدة يبقى الغراس للغارس نظير ما مرّ في المزارعة انها اذا فسدت فالخارج لرب البذر · ومعلوم ان الغرس كالبذر اه ملخصاً وهو كلام وجيه · ثم قال : وينبغي لزوم اجر مثل الارض كما في المزارعة هذا ما ظهر لي اه · وهذا ليس بوجيه لان ابقاء الزرع بأجر المثل الى ان يدرك ، فيه نظر للجانبين لان ادراك الزرع له وقت معلوم بخلاف الشجر ولهذا كان مستحق القلع كما يعلم مما نقله عن الذخيرة والتتارخانية فتأمل · ذهبت الريح بنواة رجل والقتها في كرم آخر فنبت منها شجرة فهي لصاحب الكرم اذ لا قيمة للنواة وكذا لو وقعت خوخة في ارض غيره فنبتت لان الخوخة لا تنبت الا بعد ذهاب لحمها و بعد ذهاب اللحم لا قيمة للنواة (در) بخلاف الصيد اذا فرخت في ارض انسان او باضت لان الصيد ليس من جنس الارض ولا متصل بها رد المحتار

وتفسخ المساقاة بالعذر كالمزارعة كما في الاجارات · ومنه كون العامل عاجزاً عن العمل وكونه سارقاً يخاف على ثمره او سعفه اي غصنه دفعاً للضرر تنوير · وهل يحتاج في الفسخ الى قضاء القاضي فيه روايتان ذكرناهما في المزارعة · وهل سفر العامل عذر فيه روايتان قال في البزازية : والصحيح انه يوفق بينهما فهو عذر اذا شرط عليه عمل نفسه وغير عذر اذا اطلق وكذا التفصيل في مرض العامل كذا في رد المحتار

الاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كسقي وتلقيح وحفظ فعلى العامل وما بعده كجذاذ وحفظ ، فعليهما ولو شرط على العامل فسدت اتفاقاً كذا في الدر عن الملتقى قال في الهداية لانه لا عرف فيه اه · اقول مفاده انه لو كان فيه عرف لا تفسد وقدمنا في شرح المادة ١٤٣٧ عن ابي يوسف انه اجاز شرط الحصاد والرفع الى البيدر والدياس والتذرية ، على المزارع لتعامل الناس وبه يفتى بعض مشايخ ما وراء النهر وانه اختيار نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة من مشايخ خراسان

فحي قالا هذا كله يكون على العامل شرط او لم يشترط بحكم العرف وان شمس الائمة السرخسي قال وهذا هو الصحيح في ديارنا الخ ومعلوم ان المساقاة كالمزارعة في جميع الاحكام الا من وجه واحد ، قدمناه في شرح المادة السابقة فتامل

وذكر في رد المحتار عن التتارخانية ان اشتراط ما لا تبقى منفعته بعد المدة على المساقي كالتلقيح والتأبير والسقي ، جايز وما تبقى منفعته بعدها كالقاء السرقين ونصب العرايش وغرس الاشجار ونحو ذلك مفسد اه . من احكام المساقاة الصحيحة جواز الزيادة على الشرط والحط عنه . والاصل فيه ان كل موضع احتمل انشاء العقد احتمل الزيادة والا فلا . والحط جايز في الموضعين فاذا دفع نخلاً بالنصف معاملة فخرج الثمر فان لم يتناه عظمه جازت الزيادة منهما ايهما كان ولو تناهى عظم الثمر جازت الزيادة من العامل لرب الارض ولا تجوز الزيادة من رب الارض للعامل شيئاً كذا في الهندية وتقدم نظيره في شرح المادة ١٤٣٨ في المزارعة . دفع الشجر لشريكه مساقاة لم يجز اذا شرط له اكثر من النصف واذا فسدت فالخارج بينهما نصفان على قدر نصيبها في النخيل . ولا اجر للعامل لانه شريك فيقع العمل لنفسه اصالة ولغيره تبعاً فما يفعل في زماننا من المساقاة مع الشريك فاسد فليتنبه

وقيد بالمساقاة لان المزارعة بين الشريكين في ارض وبذر منهما ، تصح في اصح الروايتين . والفرق كما في الذخيرة ، ان معنى الاجارة في المعاملة راجح على معنى الشركة وفي المزارعة بالعكس -- كذا في الدر وحواشيه . ونقل في رد المحتار عن التتارخانية ان مساقاة احد الشريكين لاجنبي ولو بأذن الشريك الاخر لا تصح كمساقاة احد الشريكين للآخر — خلافاً لما بحثه الرملي وسبقه الى ذلك صاحب التنوير في فتاواه . دفع اليه معاملة ولم يقل له اعمل برأيك فدفع الى آخر ، فالخارج لمالك النخيل وللعامل اجر مثله على العامل الاول بالغاً ما بلغ ولا اجر للاول لانه لا يملك الدفع اذ هو ايجاب الشركة في مال الغير ، وعمل الثاني غير مضاف اليه لان العقد الاول لم يتناوله رد المحتار مختصراً وتمامه فيه . دفع الى رجل كرماً معاملة وفيها اشجار لا تحتاج الى عمل سوى الحفظ ، قالوا ان كانت بحال لو لم تحفظ لذهبت ثمرتها قبل الادراك جازت المعاملة ويكون الحفظ ههنا للنماء والزيادة . وان كان بحال

لا تذهب ثمرتها قبل الادراك لو لم تحفظ ، لا تجوز المعاملة في تلك الاشجار ولا يكون للعامل نصيب من ثمارها . ولو دفع شجر الجوز الى رجل معاملة قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل جاز دفعها معاملة وللعامل حصته منها لانه يحتاج الى السقي او الحفظ حتى لو لم يحتج الى احدهما لا يجوز كذا في الخانية . اكار غرس في ارض الدافع تالة بامره فان كانت التالة للدافع ، فالاشجار له وان كانت للاكار وقد قال للاكار اغرسها لي فكذلك وللاكار قيمة التالة . ولو قال اغرسها ولم يقل لي فغرسها بغراس من عنده ، فالغراس للغارس ويكلفه المالك قلعها . ولو قال اغرسها على ان الاغراس انصافاً جاز — كذا في الهندية . دفع كرمه الى غيره معاملة وقام عليه العامل مدة ثم تركه ثم جاء عند الادراك يطلب الشركة ان كان رده على صاحبها بعد ما خرجت الثمرة والعنب وصار بحال لو قطعت كان لها قيمة لا تبطل شركته وهو الشريك على الشرط المتقدم — وان كان رده قبل خروج الثمرة او بعد خروجها ، ولكن في وقت لو قطعت لم يكن لها قيمة فلا شركة له فيها هندية عن الذخيرة . دفع كرمه معاملة فاثمر وكان الدافع واهل داره يدخلون الكرم كل يوم فيأكلون منه ويحملون والعامل لا يدخل الا قليلاً — فان اكل اهل دار الدافع او حملوا بغير اذن الدافع ، فالضمان عليهم دون الدافع كالاجنبي وان اخذوا باذنه وهم ممن تجب عليه نفقتهم فهو ضامن نصيب العامل كما لو قبض هو بنفسه ودفع اليهم . وان لم يكونوا ممن تجب عليه نفقتهم لا ضمان عليه لان اكثر ما فيه انه دل على اتلاف مال الغير وهناك لا يضمن هندية عن الفتاوى الكبرى

بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب الحادي عشر في الوكالة

﴿ ويشتمل على مقدمة وثلاثة ابواب ﴾

المقدمة

(في الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالوكالة)

المادة ١٤٤٩ — ﴿ الوكالة تفويض احد امره لآخر واقامته مقامه ويقال لذلك الشخص موكل ولمن اقامه وكيل ولذلك الامر موكَّل به ﴾

الوكالة بفتح الواو وكسرها اسم للتوكيل من وكّله بكذا اذا فوّض اليه ذلك والوكيل هو القائم بما فوّض اليه والجمع الوكلاء فأنه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه فتح . وتفسيرها الشرعي ما تفويض احد امره لآخر الخ وعبارة الملتقى هي اقامة الغير مقام نفسه في التصرف اه وعبارة الدرر التوكيل تفويض التصرف الى غيره اه وعبارة التنوير هو اقامة الغير مقام نفسه في تصرف جايز معلوم اه قيل لا حاجة الى قوله جايز معلوم لان التصرف اذا اطلق ينصرف اليه . وذكر في الدر المنتقى ان اقامة غيره مقام نفسه في التصرف لا يشمل الوكالة بالحفظ لانه ليس من التصرف مع انه لو قال انت وكيلي في كل شيء ينصرف

الى الادنى وهو التوكيل بالحفظ فينبغي ان يزاد الحفظ اه بالمعنى . قلت ولعله لهذا لم يذكر لفظ التصرف في تفسيرها هنا لان الأمر يشمل التصرف والحفظ كما لا يخفى

وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع كما في الفتح والزيلعي قال في الفتح : ثم ان من محاسن مشروعيتها ، ان فيها قضاء حوائج المحتاجين الى مباشرة افعال لا يقدرون عليها بانفسهم فان الله تعالى خلق الخلائق على همم شتى وطبائع مختلفة واقوياء وضعفاء وليس كل واحد يرضى ان يباشر الاعمال بنفسه ، ولا كل يهتدي الى المعاملات فمست الحاجة الى شرعية الوكالة فنبينا صلى الله عليه وسلم باشر بعض الامور بنفسه الكريمة تعليما لسنة التواضع وفوض بعضها الى غيره ترفيهاً لاصحاب المروآت اه

واعلم ان التوكيل خاص — كأنت وكيلي في شراء هذا البيت مثلاً ، وعام كانت وكيلي في كل شيء جايز امرك ، او صنعك ، او ما صنعت من شيء فهو جايز او امرك جايز في كل شيء . ولو قال انت وكيلي في كل شيء او قال انت وكيلي بكل قليل وكثير يكون وكيلاً بالحفظ لا غير وهو الصحيح كما في الخانية ، فهو من الخاص . واختلف فيما اذا كان التوكيل عاماً فعند محمد رحمه الله تعالى يصير وكيلاً في البياعات والاجارات والهبات والطلاق والعتاق وعند ابي حنيفة في المعاوضات فقط ولا يلي العتق والتبرع وعليه الفتوى . وينبغي ان لا يملك الابراء والحط عن المديون لانهما من قبيل التبرع وكذا لا يملك ايضاً الهبة بشرط العوض لانها تبرع ابتداء فلا يملك ذلك الا من يملك التبرعات ولذا لا يجوز للوصي اقراض مال اليتيم ولا هبته بشرط العوض وان كانت معاوضة انتهاء . وظاهر العموم ان الوكيل العام يملك قبض الدين واقتضائه وايفائه والدعوى بحقوق الموكل وسماع الدعوى بحقوق على الموكل والاقارير على الموكل بالديون ولا يختص ذلك بمجلس القاضي لان ذلك في الوكيل بالخصومة لا في الوكيل العام اه ملخصاً من رد المحتار قول . وقوله والاقارير على الموكل فيه نظر فتأمل

المادة ١٤٥٠ — ✱ الرسالة هي تبليغ احد كلام الآخر من

دون ان يكون له دخل في التصرف و يقال للمبلغ رسول ولصاحب الكلام مرسل وللآخر مرسل اليه *

الفرق بين الارسال والتوكيل اي ما به يكون رسولاً او وكيلاً ، ان الارسال يكون بالفاظ الرسالة والتوكيل يكون بالفاظ الوكالة . والفرق بين الرسول والوكيل ان الرسول لا بد له من اضافة العقد الى مرسله لانه معبر وسفير بخلاف الوكيل فانه لا يضيف العقد الى الموكل الا في مواضع كالنكاح والخلع والهبة والرهن ونحوها فان الوكيل في هذه كالرسول — حتى لو اضاف النكاح لنفسه كان له كما سيأتي . واما مجرد الامر كقوله لآخر افعل كذا او امرتك ان تفعل كذا فان وجد ما يفيد كون فعل المأمور بطريق النيابة عن الآمر ، كان توكيلاً والا فلا قال في الولوالجية: دفع له الفاً وقال اشتر لي بها او سلعة وقال بعها او قال اشتر بها او بع ولم يقل لي ، كان توكيلاً — وكذا اشتر بهذه الالف جارية واشار الى مال نفسه . ولو قال اشتر هذه الجارية بالف درهم ، كان مشورة والشراء للمأمور — الا اذا زاد على ان اعطيك لاجل شرائك درهماً لان اشتراط الاجر له يدل على النيابة اه . افاده في رد المحتار والحامدية وذكر في البحر : لو ادعى انه رسول عن المشتري ، وقال البائع انه وكيل وطالبه بالثمن فالقول للمشتري والبينة على البائع ، لان المشتري منكر اضافة العقد الى نفسه والبائع يدعي عليه بذلك والقول قول المنكر بيمينه اه ومفهومه انه لو اضاف العقد لنفسه ثم ادعى انه رسول لا يقبل قوله لان اضافة العقد الى نفسه تنافي الرسالة وبه صرح في تنقيح الحامدية .

- الباب الاول -

« في بيان ركن الوكالة وتقسيمها »

اعلم ان الوكالة من العقود الجائزة الغير اللازمة حتى ملك كل واحد من الوكيل والموكل العزل بدون صاحبه . والوكيل امين فيما في يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ به والقول قوله في دفع الضمان عن نفسه . فلو دفع له مالاً وقال اقضه فلاناً عن ديني فقال قضيته وكذبه صاحب الدين ، فالقول للوكيل في براءة ذمته ، وللداين في عدم قبضه فلا يسقط دينه ولا تجب اليمين عليهما معاً وانما تجب على الذي كذبه الآمر دون الذي صدقه — فان صدق المأمور بالدفع فانه يحلف الآخر بالله ما قبض فإن حلف لا يسقط دينه ولم يظهر القبض وان نكل ، ظهر قبضه ويسقط عن الآمر دينه وان صدق الآخر انه لم يقبضه وكذب المأمور ، فانه يحلف المأمور خاصة — لقد دفعه اليه فان حلف بريء وان نكل لزمه ما دفع اليه هندية .

الوكالة المجردة لا تدخل تحت الحكم ، قال في الصغرى الوكيل بقبض الدين اذا احضر خصماً فاقر بالتوكيل وانكر الدين لا تثبت الوكالة — حتى لو اراد الوكيل اقامة بينته على الدين لا تقبل واذا ادعى ان فلاناً وكله بطلب كل حق له بالكوفة وبقبضه والخصومة فيه ، وجاء بالبينة على الوكالة ، والموكل غائب ولم يحضر الوكيل احداً عليه للموكل حق ، فان القاضي لا يسمع شهوده حتى يحضر خصماً جاحداً ذلك او مقراً به فحينئذ يقرر الوكالة فان احضر بعد ذلك غريماً يدعي عليه حقاً للموكل لم يحتج الى اعادة البينة . ولو كان يدعي انه وكله بطلب كل حق له قبل انسان بعينه يشترط حضرة ذلك بعينه . ولو اثبت ذلك بحضر من ذلك المعين . ثم جاء بخصم آخر يدعي عليه حقاً ، يقيم البينة على الوكالة مرة اخرى — كذا في الدرر وتمامه في الهندية . وفيها ادعى انه وكيل فلان بقبض دينه الذي

على هذا الحاضر وبرهن على الوكالة والدين برهاناً واحداً ، قال الامام يقبل على الوكالة ويحكم بها . ثم تعاد البينة ثانياً على الدين بعده . وقال محمد اذا اقامها على الكل جملة يقضى بالكل ولا يحتاج الى اعادة البينة على الدين وهو الاستحسان والفتوى على قوله اه

المادة ١٤٥١ = ﴿ ركن التوكيل الايجاب والقبول وهو ان يقول الموكل وكلتك بهذا الخصوص فاذا قال الوكيل قبلت او قال كلاماً آخر يشعر بالقبول تنعقد الوكالة كذلك لو لم يقل شيئاً وتشبث باجراء ذلك الخصوص يصح تصرفه لانه يكون قد قبل الوكالة دلالة ولكن لو ردها الوكيل بعد الايجاب لا يبقى له حكم بناءً عليه لو قال الموكل وكلتك بهذا الخصوص ورد الوكيل الوكالة بقوله لا اقبل ثم باشر اجراء الموكل به لا يصح تصرفه ﴾

فلو وكل رجلاً بطلاق امرأته فأبى ان يقبلها اي الوكالة ثم طلقها لا يقع وان لم يرد ولم يقبل صريحاً ولكن طلقها يصح استحساناً ويجعل اقدامه على الطلاق قبولا للوكالة دلالة — كذا في الهندية اول كتاب الوكالة وفيها من الباب السابع واذا وكل رجلاً بقبض دين له فأبى الوكيل ان يقبل ثم ذهب الوكيل بعد ذلك فقبضه فان الغريم لا يبرأ منه والدين على حاله وصار قبضه كقبض الاجنبي

المادة ١٤٥٢ = ﴿ الاذن والاجازة توكيل ﴾

قال في تكملة رد المحتار عن البدايع الايجاب من الموكل ، ان يقول وكلتك

بكذا او افعل كذا او اذنت لك ان تفعل كذا ونحوه وزاد في الهندية : لو قال شئت ان تبيع كذا فسكت وباع جاز ولو قال لا اقبل بطل كذا في محيط السرخسي اه . اذا قال لغيره ان لم تبع عبدي هذا فامرأتي كذا يصير ذلك الغير وكيلاً بالبيع كذا في الذخيرة . رجل قال لغيره سلطتك على كذا فهو بمنزلة قوله وكلتك . وفي المحيط البرهاني اذا قال الرجل لغيره احببت ان تبيع عبدي هذا او قال هويت او قال رضيت او قال شئت او قال اردت او قال وافقني فهذا كله توكيل وامر بالبيع اه ولو قال لغيره انت وكيلي بقبض هذا الدين بصير وكيلا وكذا لو قال انت حر بي وكذا لو قال انت وصيي في حياتي ولو قال انت وصيي لا يكون وكيلاً اه ما في التكملة وفي الخانية : رجل قال لغيره اجزت ان تبيع عبدي يصير وكيلاً ولو قال لغيره لا انهاك عن طلاق امرأتي لا يكون وكيلاً بالطلاق حتى لو طلق لا يقع اه وفيها رجل قال لرجلين وكلت احدكما ببيع عبدي هذا صح وايهما باع جاز ولو قال الرجل بع عبدي هذا او هذا فباع احدهما ، جاز اه

المادة ١٤٥٣ — ☼ الاجازة اللاحقة في حكم الوكالة السابقة مثلاً لو باع احد مال الآخر فضولاً ثم اخبر صاحبه فاجازه يكون كما لو وكله اولاً ☼

فيصير الثمن مملوكاً له امانة في يد الفضولي بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك في يده سواء هلك بعد الاجازة او قبلها لان الفضولي بالاجازة اللاحقة صار كالوكيل فيكون الثمن في يده امانة قبل الهلاك من حين قبضه فيهلك على المجيز ، وان كانت الاجازة بعد الهلاك . وهذا اذا كان الثمن من النقود اما اذا كان عرضاً فان هلك بعد الاجازة كان الحكم كذلك يعني يهلك على المجيز لما ذكرنا انه امانة في يد الفضولي وان هلك قبل الاجازة فقد بطل العقد ولا تلحقه الاجازة ويضمنه الفضولي للمشتري بمثله ان مثلياً وبقيمته ان قيمياً لانه قبضه بعقد فاسد . وهذا لان الثمن اذا كان عرضاً كان مبيعاً من وجه فيشترط لصحة الاجازة ، ان يكون

قائماً وقتها افاده في رد المحتار في فصل الفضولي من البيوع قال وفي جامع الفصولين المالك اذا اجاز بيع الفضولي يترتب عليه احكام التوكيل بالبيع حتى لو حط من الثمن ثم المالك اجاز البيع يثبت البيع والحط سواء علم المالك الحط او لم يعلم الا انه اذا علم بالحط بعد الاجازة ، يثبت له الخيار . والفقه فيه ان يصير بالاجازة كوكيل . ولو حطه الوكيل لا يتمكن الموكل من مطالبة المشتري به كذا هذا اه امالو ابرأ الفضولي المشتري من الثمن او حط عنه بعد الاجازة فانه يصح ويضمن ذلك للمجيز كما في الهندية . وانت تعلم ان الاجازة انما تلحق بيع الفضولي اذا حصلت وكل من البايع والمشتري والمجيز والمبيع قائم والا فلا حكم لها كما تقدم في المادة ٣٧٨ وشرحها فارجع اليه وفي الخانية . رجل عليه دين لرجل فجاء رجل الى المديون وقال له ادفع الي ما لفلان عليك من الدين فانه يستجيز قبضي وانه ما وكلني بقبضه فدفع المديون اليه المال فضاع المال في يد القابض . ثم جاء صاحب الدين واجاز قبضه ، لا تصح اجازته اه .

المادة ١٤٥٤ - ✻ الرسالة ليست من قبيل الوكالة مثلاً لو اراد الصيرفي اقراض احد دراهم وارسل المستقرض خادمه للاتيان بها يكون الخادم رسول ذلك المستقرض ولا يكون وكيلاً بالاستقراض كذلك الشخص الذي ارسله احد الى السمسار ليشتري منه فرساً اذا قال له ان فلاناً يريد ان يشتري منك الفرس الفلاني وقال السمسار بعته اياه بكذا اذهب وقل له وسلم هذه اليه . فاذا اتى الشخص وسلم الفرس اليه وقبل المرسل ذلك على المنوال المشروح ينعقد البيع بين المرسل والسمسار ولا يكون ذلك الشخص الا واسطة ورسولاً وليس بوكيل وكذلك لو قال احد للجزار اعط لاجلي كل يوم مقدار كذا لحماً الى خادمي فلان الذي يذهب ويأتي الى السوق واعطاه ذلك على الوجه المذكور

يكون ذلك الخادم رسول سيده ولا يكون وكيله ﴿

فلا يتعلق به شيء من حقوق العقد كتسليم مبيع وقبضه وقبض ثمن ورجوع به عند استحقاقه وخصومة في عيب وغيرها . والحاصل ان الرسول ليس بعاقد وانما هو سفير يؤدي عبارة المرسل — بخلاف الوكيل فانه هو العاقد فتتعلق به حقوق العقد ولهذا لو كان العقد مما يشترط فيه تقابض البدلين كالصرف او قبض احدهما كالسلم ، تكون مفارقة الوكيل فيهما مجلس العقد قبل القبض ، مفسدة له ، لا مفارقة الرسول — فلو قال ان فلاناً ارسلني اليك لتصرف له هذا الدينار او لتقبل منه السلم في كذا بكذا وقام الرسول قبل قبض بدل الصرف او رأس مال السلم ، لا يفسد العقد وانما يفسد العقد اذا قام المرسل اليه او المرسل قبل القبض . والوكيل بالعكس فان العقد يفسد بقيامه لا بقيام موكله وعليه فلو لم يحضر المرسل المجلس لا يتم العقد ويكون حراماً لخلوه عن القبض — فالمخلص ان يوكله بالصرف او الاسلام ولو بالامر افاده في الدر وحواشيه من باب الوكالة بالبيع والشراء وقد علمت ان الرسول كالوكيل من حيث انه امين فيما في يده من مال مرسله قال في الثالث من جامع الفصولين ولو بعث رجلاً لآخر يستقرضه فاقرضه فضاع في يد الرسول فلو قال الرسول اقرض للمرسل ضمن مرسله ولو قال اقرضني للمرسل ضمن الرسول اه .

اقول وهذا لان التوكيل بالاستقراض غير صحيح فتفطن . وفي وكالة الخانية بعث رسولاً الى بزاز ان ابعث الي بثوب كذا بثمن كذا فضاع الثوب قبل ان يصل الي الآمر وتصادقوا على ذلك واقروا به فلا ضمان على الرسول في شيء وان بعث البزاز مع رسول الآمر فالضمان على الآمر لان رسوله قبض الثوب على المساومة وان كان مع رسول رب الثوب فاذا وصل الثوب الى الآمر يكون ضامناً والا فلا — كما لو ارسل رسولاً الى رجل وقال ابعث الي بعشرة دراهم قرضاً فقال نعم وبعث بها مع رسول الآمر فالآمر ضامن لها اذا اقر بان رسوله قبضها وان بعث بها مع غيره فلا ضمان على الآمر حتى يصل اليه — وكذلك رجل له على رجل دين فبعث الي المديون رسولاً ، ان ابعث الي بالدين الذي لي عليك فأن

بعث به مع رسول الآمر ، فهو من مال الآمر والا فهو من مال المديون حتى يصل الى الآمر اه

المادة ١٤٥٥ = ﴿ يكون الامر تارة من قبيل الوكالة وتارة من قبيل الرسالة مثلاً لو اشترى خادم من تاجر مالاً بأمر سيده يكون وكيله بالشراء واما لو اشترى المولى المال من التاجر وارسل خادمه ليأتيه به يكون رسول سيده ولا يكون وكيله ﴾

وتارة يكون الامر مشورة كما لو قال اشتر هذه الجارية بألف درهم ولم يقل لي ولم يشر الى الف هي للآمر كما قدمناه عن الولوالجية في شرح المادة ١٤٥٠ فارجع اليه . والفارق في ذلك القرائن فان وجد ما يدل على ان فعل المأمور بطريق الرسالة كما في المثال الثاني من هذه المادة ، كان المأمور رسولاً وان وجد ما يدل على ان فعله بطريق النيابة ، كان وكيلاً وان لا ولا كان مشوراً عليه ويقع الفعل له لا لآمره وافاد في البحر انه لا فرق بين ان يكون الآمر بالصيغة كقوله افعل كذا او بالمادة كقوله امرتك بفعل كذا . وفي الهندية عن الذخيرة قال للمديون ابعث به مع فلان او ارسل به مع ابني او قال مع ابنك او مع غلامي او مع غلامك ففعل المديون فضاع منه ، فهو من مال المطلوب لانه رسوله . وقوله ابعث مع فلان ليس توكيلاً . ولو قال ادفع الى ابني او الى ابنك او غلامي اوغلامك يأتيني به ، فهذا توكيل وان ضاع فمن مال الطالب اه : وفي الخانية لو ان رجلاً بعث الى رجل بكتاب مع رسول ان ابعث الي ثوب كذا بثمن كذا ففعل وبعث به مع الذي اتاه بالكتاب لم يكن من مال الآمر حتى يصل اليه و كذلك القرض والاقتضاء وهذا لان الرسول انما هو رسول بالكتاب اه

المادة ١٤٥٦ — ﴿ يكون ركن التوكيل مرة مطلقاً يعني لا

يكون معلقاً بشرط او مضافاً الى وقت او مقيداً بقيد ومرة يكون معلقاً بشرط مثلاً لو قال و كلتك على ان تبيع فرسي هذا اذا اتى فلان التاجر الى هنا وقبل الوكيل ذلك تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر وللوكيل ان يبيع الفرس اذا اتى التاجر والا فلا ومرة يكون مضافاً الى وقت مثلاً لو قال و كلتك على ان تبيع دوابي في شهر نيسان وقبل الوكيل ذلك يكون وكيلاً بحلول الشهر المذكور وله ان يبيع الدواب في الشهر المذكور واما قبل حلوله فليس له ان يبيع ومرة يكون مقيداً بقيد مثلاً لو قال و كلتك على ان تبيع ساعتي هذه بألف غرش تكون وكالة الوكيل مقيدة بعدم البيع باقل من الف قرش ☼

فيه اشارة الى انه لو باعها بأكثر من الف يجوز لانه مخالفة الى خير وبه صرح في الدر قبيل فصل لا يعقد وكيل البيع والشراء الخ معزياً للخلاصة — وكذا الحكم لو كان وكيلاً بالشراء بثمن معين فاشتراه بأنقص فانه ينفذ على الآمر ، اذا كان المامور بشرائه معيناً او موصوفاً بصفة فاشترى بتلك الصفة باقل من ذلك الثمن فانه يجوز على الآمر كما سيأتي في المادة ١٤٧٩ ونقله في التكملة عن كافي الحاكم ، وقد تضمنت هذه المادة بيان ثلاثة احكام من احكام الوكالة الاول انها يصح تعليقها بالشرط فلو قال اذا حل مالي فاقبضه او اذا قدم فلان فتقاض ديني عليه او اذا اثبت شيئاً فانت وكيلي في قبضه او اذا قدم الحاج فاقبض ديوني صحت الوكالة معلقة على ما ذكر الثاني انها تصح اضافتها فتقبل التقييد بالزمان والمكان فلو قال بعه غداً ، لم يجز بيعه اليوم . ولو وكله ان يتقاضى دينه في الشام ليس له ان يتقاضاه في الكوفة كما البحر والهندية وغيرهما . بقي ما لو قال له بعه اليوم فباعه غداً هل يجوز قال في الخانية فيه روايتان بعضهم قالوا : الصحيح ان الوكالة لا

تبقى بعد اليوم وقال بعضهم تبقى ، وذكر اليوم للتعجيل لا لتوقيت الوكالة — الا اذا دل الدليل عليه اه ونقل في البحر عن البدائع القول الثاني مقتصراً عليه — كذا نقله في التكملة عن نور العين عازياً الى العيون ونقل عن الفصل الاول من البزازية من كتاب الوكالة ما نصه : الوكيل الى عشرة ايام لا تنتهي وكالته بمضي العشر في الاصح اه وانت تعلم ان لفظ الاصح او كد من لفظ الصحيح على ان قاضيخان وان كان من اجل من يعتمد على تصحيحاته — الا انه لم يصححه وانما نقل تصحيحه عن بعضهم ثم نقل القول الثاني معللاً له

وربما تشير هذه المادة الى اختيار ما في البزازية فتدبر . ويؤيد ما قلنا ان صاحب الخانية ذكر في باب الحج عن الغير ما نصه : اذا دفع الوصي الى رجل ليحج عن الميت في هذه السنة فأخر الحج وحج من قابل ، جاز عن الميت ولا يكون ضامناً مال الميت لان ذكر السنة يكون للاستعجال دون التقييد كما لو وكل رجلاً بان يعتق عبده غداً او يبيع غداً فاعتق او باع بعد غد جاز اه . فانت تراه قد اقتصر على القول المقابل لما نقل تصحيحه عن بعضهم . واما ما ذكره الحموي على الاشباه من الوكالة من الفن الثاني بعد نقله عبارتي الخانية في الحج والوكالة من ان ذكر الغد للاستعجال لا للتوقيت قولاً واحداً — بخلاف ذكر اليوم ، فإن فيه خلافاً فهي دعوى لا دليل يدل عليها من كلام الخانية ولا من غيرها ، اذ لا فرق يظهر بين اليوم والغد والسنة فتدبر .

والظاهر ان الخلاف فيما اذا لم يدل دليل على ارادة احد الامرين التعجيل او التوقيت — اما لو دل الدليل على احدهما كان هو المراد بلا خلاف كما يشعر به قوله الا اذا دل الدليل عليه فافهم . الثالث انها لا تبطل بالشروط الفاسدة قال في الخانية اي شرط كان ولا يصح شرط الخيار فيها لان شرط الخيار شرع في لازم يحتمل الفسخ والوكالة غير لازمة — حتى ان من قال انت وكيلي في كذا على اني بالخيار ثلاثة ايام ، فالوكالة جائزة والشرط باطل اه

فرع

وكله بقبض دينه وامره ان لا يقبض الا جميعاً فقبض كله الا درهماً لم يجز

قبضه على الآمر وللطالب ان يرجع بكل حقه وكذا لو قال لا تقبض درهما دون درهم معناه لا تقبض متفرقاً فلو قبض شيئاً دون شيء لم يبرأ الغريم من شيء — كذا في ٣٤ من احكام الوكلاء من جامع الفصولين ومثله في التنوير تبعاً للبحر العازي الى كافي الحاكم ، قال في تكملة رد المحتار بعد نقل عبارة الفصولين المذكورة : ولو استوفى جميعه بعد قبض البعض فهلك ، هلك عليه لمخالفته ويرجع الآمر على الغريم اه ولم يعزه لاحد ونقله الشارح اللبناني واقره .

وفيه نظر بل الظاهر ان القبض يعود صحيحاً اذا استوفى الباقي قبل هلاك الاول بدليل ما نقله ايضاً بعد هذا عن نفس جامع الفصولين : وكيل قبض الوديعة قبض بعضها ، جاز فلو امر ان لا يقبضها الا جميعاً فقبض بعضها ، ضمن ولم يجز القبض فلو قبض ما بقي قبل ان يهلك الاول جاز القبض على الموكل اه اذ لا فرق يظهر بين الوكيل بقبض الدين والوكيل بقبض الوديعة . ثم رأيت في منهوات الفتاوى الانقروية عازياً للعتابية ما نصه : ولو قال له الطالب لا تقبض الا جملة فقبض البعض ثم قبض الباقي قبل هلاك الاول ، جاز اه وهو عين ما قلته ولله الحمد فافهم .

- الباب الثاني -

﴿ في بيان شروط الوكالة ﴾

المادة ١٤٥٧ = ﴿ يشترط ان يكون الموكل مقتدراً على ايفاء الموكل به بناء عليه لا يصح توكيل المجنون والصبي غير المميز واما في الامور التي هي ضرر محض في حق الصبي فلا يصح توكيله وان اذنه الولي كالهبة والصدقة وفي الامور التي هي نفع محض يصح توكيله وان لم يأذنه الولي كقبول الهبة والصدقة واما في التصرفات المتعلقة بالبيع والشراء المترددة بين النفع والضرر فان كان الصبي مأذوناً بها فله ان يوكل والا فالتوكيل ينعقد موقوفاً على اجازة وليه ﴾

شروط الوكالة انواع كما في الهندية منها ما يرجع الى الموكل ومنها ما يرجع الى الوكيل ومنها ما يرجع الى الموكل به والمذكور في هذه المادة هو الاول وهو ان يكون ممن يملك التصرف ، لان الوكيل يستفيد التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور ان يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف زيلعي — فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل اصلاً اي وان كان بما ينفعه لان الوكيل قايم مقام الموكل في العبارة فلا بد ان يكون الموكل من اهل العبارة ليكون قادراً على التصرف وذلك بالعقل — وكذا لا تصح من الصبي العاقل بما لا يمكنه بنفسه كالطلاق والعتاق والصدقة ونحوها من التصرفات الضارة المحضة . ويصح بالتصرفات النافعة المحضة كقبول الهبة والصدقة من غير

اذن الولي

واما الدائرة بين الضرر والنفع كالبيع والاجارة فان كان ماذونا بالتجارة يصح منه التوكيل بها وان كان محجوراً ينعقد موقوفاً على اجازة وليه او على اذن وليه بالتجارة كما اذا فعله بنفسه كذا في الهندية مع زيادة من الزيلعي · والمراد بالصبي العاقل ان يعقل ان البيع سالب للمبيع جالب للثمن وان الشراء بالعكس كما في التكملة وغيرها · زاد الزيلعي وان يعرف الغبن الفاحش من اليسير و يقصد بذلك ثبوت الحكم والربح ، لا الهزل اه وفيه تامل فان هذا لا يعرفه الا مهرة الرجال ثم رأيت في التكملة قد ذكر هذا البحث بعينه عن اليعقوبية وغيرها مع الجواب عنه وبيان المراد منه فليراجع · والمراد بالضار ما كان فيه ضياع المال في الدنيا وان كان فيه نفع في العقبى كالصدقة على ان نفع الصدقة بحسن النية وهي لا تكون الا بتمام العقل تكملة ملخصاً · ولا يرد الوكيل حيث يملك التصرف الذي وكل به ولا يجوز له أن يوكل به غيره الا باذن ، لان المراد بالتصرف ان يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بامر آمره وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير لانه عكس والنقض لا يكون الا بالطرد افاده الزيلعي

اقول وقوله لان المراد بالتصرف الخ فيه بحث وهو ان ولي الصغير ووصيه يجوز ان يوكل غيره ببيع شيء للصغير او شراء شيء له او بالخصومة وبكل ما يجوز ان يفعل بنفسه للصغير كما في الهندية مع انه يعقد لا لنفسه وقد استفاد ذلك من جهة غيره فتأمل · ثم ان المجنون الذي يجن ويفيق ، اذا وكل في حال جنونه لا يصح وان كان في حال افاقته يجوز قالوا هذا اذا كان لافاقته وقت معلوم حتى تعرف افاقته من جنونه بيقين فاما اذا لم يكن لافاقته وقت معلوم فلا يجوز · والمعتوه المغلوب اذا وكل رجلاً ليشتري له شيئاً او يبيع له شيئاً لا يجوز كذا في الهندية

المادة ١٤٥٨ = * يشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً

ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً وان لم يكن مأذوناً ولكن حقوق العقد عايدة الى موكله وليست بعائدة اليه ❊

هذا على اطلاقه اذا كان الصبي غير مأذون بالتجارة فهو كالرسول والقاضي وامينه فتتعلق الحقوق بموكله . ولو قبض مع هذا صح قبضه لانه هو العاقد فكان اصيلاً فيه وانتفاء اللزوم يعني لزوم الحقوق له لا يدل على انتفاء الجواز زيلعي — اما اذا كان مأذوناً ففي جامع احكام الصغار اذا كان الصبي مأذوناً بالتجارة فصار وكيلاً بالبيع بثمن حال او موجل فباع جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلاً بالشراء — فأن كان بثمن موجل لا تلزمه العهدة قياساً واستحساناً وتكون العهدة على الآمر — حتى ان البائع يطالب الآمر بالثمن دون الصبي . وان وكله بالشراء بثمن حالٍ فالقياس ان لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه اه ونقل مثله الزيلعي عن الذخيرة واطال في توجيهاته لكن نقل بعد ذلك عن الايضاح ما يخالف هذا فيما اذا امره بالشراء نسيئة فاشترى كما امره حيث جعل الشراء له اي للصبي لا ان الشراء للموكل والعهدة عليه كما في الذخيرة وجامع احكام الصغار .

اقول ولعل التوفيق ان يحمل ما في الجامع والذخيرة على ما اذا اضاف الصغير العقد الى الموكل وما في الايضاح على ما اذا لم يضفه اليه بدليل تعليل الزيلعي فان عبارته هكذا : ولو امره بالشراء نسيئة فاشتراه كما امره ، كان ما اشتراه له دون الآمر ، لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشترياً لنفسه اه . ومعلوم انه اذا اضاف العقد الى الموكل لا يكون مشترياً لنفسه ، ولم ار من تعرض له او ذكر في المسئلة خلافاً فتدبر وانظر ما كتبه العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر عند قول صاحب الكنز والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه الخ . ثم ان الصبي اذا لم تلزمه العهدة لكونه غير مأذون او لكونه مأموراً بالشراء بالنسيئة على ما

في الجامع والذخيرة اذا بلغ بعد ذلك لا تلحقه العهدة — بخلاف ما اذا كان الوكيل عبداً غير مأذون او كان مأذوناً لكنه وكيل بالشراء نسيئة فانه وان لم تلزمه العهدة حال رقه لكن اذا اعتق بعد ذلك تعود العهدة عليه

والفرق ان المانع من لزوم العهدة على العبد ، هو حق المولى مع اهليته وقد زال بالعتق — والمانع في الصبي حق نفسه ولا يزول ذلك بالبلوغ افاده الزيلعي . ثم ان اطباق المتون على اشتراط عقل الوكيل يقتضي عدم صحة وكالة المجنون وبه صرح في البحر حيث قال : لا يصح توكيل مجنون وصبي لا يعقل وكذا في الهندية عن البدايع — لكن نقل في تكملة رد المحتار عن المقدسي ما نصه : ولو وكل مجنوناً بطلاق امرأته فقبل الوكالة في حال جنونه ثم افاق فهو على وكالته لان الافاقة تزيد التمكن من التصرف ولا تزيل الثابت

قلت وفيه بحث لان قبول المجنون ، لغو فلم يثبت اه ثم قال في التكملة قلت يؤيد هذا البحث ان هذا الفرع مخالف للمتون التي هي معتمد المذهب اه اقول ان كان الفرع المذكور منقولاً عن ايمة المذهب او مشايخه فلا يعدل عنه ببحث المقدسي واضرابه — واما كونه مخالفاً لما في المتون من اشتراط كون الوكيل عاقلاً ، فيمكن دفع المخالفة بان الشرط المذكور انما هو لصحة الوكالة وقد صرحوا بان الوكيل فيما لا يستغنى عن اضافته للموكل كالطلاق ونحوه ، رسول وان الرسول سفير ومعبر يحكي عبارة مرسله فالطلاق في الفرع المذكور واقع بعبارة الموكل يعني المرسل حتى لو اداها حال جنونه ايضاً يقع كما يظهر من قوله لان الافاقة تزيد التمكن من التصرف ولا تزيل الثابت فتامل ملياً او فراجع لعلك تظفر بنقل صريح يخالف الفرع المذكور . ثم رأيت في حاشية العلامة بن عابدين على البحر قبيل باب الوكالة بالبيع والشراء عند قول صاحب البحر فعلى هذا معنى الاضافة مختلف الخ ما نصه : وصرحوا بانه يصح توكيل الصبي والمجنون ويصير كانه علق الطلاق على تلفظهما به وفي طلاق الهندية : الوكيل في الطلاق والرسول سواء اه وهو عين ما قلته ولله الحمد وفي الخانية اواسط فصل في التوكيل بالبيع والشراء : الوكيل بالبيع والشراء اذا اختلط عقله بالنبيذ الا انه يعرف البيع والقبض قال ابو سليمان الجوزجاني رحمه الله تعالى جاز بيعه وشراؤه على الموكل كما لو باشر ذلك لنفسه وان اختلط

عقل الوكيل بالبنج لا يجوز عقده على الموكل لانه بمنزلة المعتوه وقال غيره في شرب النبيذ ايضاً لا يجوز عقده على الموكل لان بيع السكران انما جاز زجراً له فلا يجوز عقده على موكله اه · وقد نقل الاول في الهندية عن خزانة المفتين وفي التكملة عن الواقعات الحسامية مقتصرين عليه — لكن توجيه القول الثاني اظهر فانه لا ذنب للموكل — حتى ينصرف الزجر له كما نقله في التكملة عن العلامة المقدسي فتدبر

✵ تتمة ✵

من الشروط التي ترجع الى الوكيل علم الوكيل او من يعامله الوكيل بالوكالة فأن علم احدهما بالوكالة شرط بلا خلاف — حتى لو وكل رجلاً ببيع عبده فباعه الوكيل قبل علمه بالوكالة وقبل علم الرجل المشتري بالتوكيل لا يجوز بيعه حتى يجيزه الموكل او الوكيل بعد علمه بالوكالة

واما علم الوكيل به على التعيين هل هو شرط ، فيه روايتان في الزيادات انه شرط وذكر في الوكالة انه ليس بشرط فاذا قال لرجل اذهب بثوبي هذا الى فلان حتى يبيعه او اذهب الى فلان حتى يبيعك ثوبي الذي عنده فهو جائز وهو اذن منه لفلان في بيع ذلك الثوب · ان اعلمه المخاطب بما قاله المالك جاز بيعه رواية واحدة وان لم يعلمه ففيه روايتان · ولو قال اذهب بهذا الثوب الى القصار حتى يقصره او الى الخياط حتى يخيطه قميصاً فهو اذن منه للقصار والخياط في ذلك العمل حتى لا يصير ضامناً بعمله بعد ذلك · وفي وكالة الاصل اذا قال لعبده اذهب الى فلان حتى يعتقك او حتى يكاتبك فاعتقه فلان ، جاز ويصير فلان وكيلاً بالاعتاق علم او لم يعلم · ولو قال لامرأته انطلقي الى فلان حتى يطلقك فطلقها فلان ولم يعلم بالوكالة يقع كذا في الهندية ، وحاصله ان العلم بالتوكيل في الجملة شرط بلا خلاف إما علمُ الوكيل واما عِلمُ من يعامله الوكيل · وأما علمُ الوكيل على التعيين ففي اشتراطه روايتان — ولعل اختلاف الرواية في ذلك ، مبني على الخلاف في انه هل يتم عقد الوكالة بالايجاب وحده ام لا بد من القبول · ففي الهندية ايضاً اول كتاب الوكالة : وقبول الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة استحساناً — ولكن اذا رد الوكيل ترتد هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الاصل كذا في الذخيرة اه

قلت ويمكن ان يؤخذ من هـذا الجواب عما استشكله المقدسي كما ذكرناه آنفاً فيما لو وكل مجنوناً بطلاق امرأته ثم افاق فطلق وقع لان قبوله حالة جنونه وان كان لغواً الا ان التوكيل يتم بالايجاب وحده وقد صدر من عاقل تأمل

ومنها اي من الشروط التي ترجع الى الوكيل، ان يكون من اهل دار الموكل ففي الهندية : وان وكل مسـلم حربياً في دار الحرب والمسلم في دار الاسلام، فالوكالة باطلة — وكذا لو وكل حربي في دار الحرب مسلماً في دار الاسلام . واذا وكل الحربي مسلماً او ذمياً او حربياً في دار الحرب بتقاضي دين له في دار الاسلام واشهد على ذلك من اهل الاسلام فخرج وكيله من دار الحرب بطلب ذلك، فهو جائز — وكذا اذا وكل ببيع او شراء او قبض وديعة او ما اشبه ذلك . واذا وكل المسلم او الذمي حربياً مستأمناً في دار الاسـلام بخصومة او ببيع او غير ذلك ، جاز واذا التحق بدار الحرب بطلت وكالته كذا في الحاوي . وتجوز وكالة المرتد بان وكل مسلم مرتداً ، وكذا لو كان مسلماً وقت التوكيل ثم ارتد فهو على وكالته الا ان يلحق بدار الحرب فتبطل وكالته كذا في البدائع اه

وبقي من الشروط الراجعـة للوكيل ، ان لا يكون اي الوكيل مجهولاً جهالة فاحشة ففي الدر المختار ما نصه : وفي الاشباه قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا ومن اخذ اصبعك او قال لك كذا فادفع اليه لم يصح لانه توكيل لمجهول فلا يبرأ بالدفع اليه وفي الوهبانية

ومن قال اعط المال قابض خنصر فاعطاه لم يبرأ وبالمال يخسر

اه يعني ان المديون لا يخرج عن الدين بالدفع لمن اتاه بتلك العلامة وهذا اذا لم يكن امر رب المال بعد ذلك انساناً بعينه بالقبض اما لو قال لانسان بعد ذلك اقبض ديني على فلان واقبض خنصره علامة صدقك ، صار وكيلاً ولكن اذا انكر المالك هذا يحتاج الدافع الى اثباته اي اثبات قوله الثاني ولا يثبت ذلك بمجرد قبض الخنصر — فعلم ان المراد انه بالقول الاول لا يصير وكيلاً كما نقل في التكملة عن الشرنبلالي . ونقل في الاشباه مسئلة ما اذا قال لمديونه من جاءك بعلامة كذا الخ عن القنية من باب الوكالة بقبض الدين . نقل الحموي عنها آخر الكتاب في المسايل التي لم يوجد فيها رواية منصوصة ولا جواب من المتأخرين اذا قال

المودع للمودَع من جانك بعلامة كذا بان اخذ من اصبعك او قال لك كذا فادفع اليه الوديعة هل يصح هذا التوكيل ام لا يصح لكون الوكيل مجهولا ويضمن بالدفع اه قال الحموي فقد جزم هنا يعني في مسئلة المديون مع دائنه بعدم صحة الوكالة لكونه توكيل مجهول وتردد هناك يعني في مسئلة المستودع مع مودعه مع ان في كل منهما توكيل مجهول فتأمل اه

اقول لو تأملنا حق التأمل للاح لنا فرق بين المسئلتين يستدعي فساد توكيل المجهول في مسئلة الدين، وعدمه في مسئلة الوديعة وهذا منشأ التردد في الثانية دون الاولى فامعن النظر

المادة ١٤٥٩ = ❋ يصح ان يوكل احد غيره في الخصوصات التي يقدر على اجرائها و بايفاء واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات مثلا لو وكل واحد غيره بالبيع والشراء والايجار والاستئجار والرهن والارتهان والايداع والاستيداع والهبة والاتهاب والصلح والابراء والاقرار والدعوى وطلب الشفعة والقسمة وايفاء الديون واستيفائها وقبض المال يجوز ولكن يلزم ان يكون الموكل به معلوماً ❋

اما اذا كانت الوكالة خاصة فالمراد من كونه معلوماً ان لا يكون مجهولا جهالة فاحشة تمنع الوكيل من الامتثال ولا يمكن تداركها والا لا تصح الوكالة كما سيأتي توضيحه في شرح المادة ١٤٦٨ . واما اذا كانت عامة فالمراد ان يكون معلوماً في الجملة حتى لو لم يكن معلوماً اصلاً كمن كثرت معاملته بطل التوكيل كذا في حاشية الطحطاوي تأمل . وذكر في المنح والفتح وغيرهما انه لو جهل الموكل فيه كما لو قال وكلتك بمالي او قال انت وكيلي في كل شيء ثبت الادني وهو الحفظ اي كان وكيلاً بالحفظ كما في المنح .

ثم ان المراد بالخصوصات التي يقدر الموكل على اجرائها ، التصرفات التي يجوز

له اجراؤها فيخرج ما اذا وكل الصبي العاقل غيره بطلاق امرأته او عتق عبده او هبة ماله كما تقدم في شرح المادة ١٤٥٧ . والمراد بايفاء كل حق متعلق بالمعاملات ، دفع ما عليه ، وباستيفائه قبض ماله سواء كان ديناً له او عليه أولا فليس قوله بعد هذا وايفاء الديون واستيفائها ، مكرراً مع هذا — بل هو تصريح بالخاص بعد دخوله في العام — كما ان عطف ايفاء كل حق واستيفائه على الخصوصات من عطف الخاص على العام لان الخصوصات اعم من ان تكون ايفاء او استيفاء او غيرهما كالبيع والشراء

وعبارة الهندية اعلم ان الحقوق نوعان حق الله تعالى وحق العبد وحق الله نوعان نوع منه يكون الدعوى فيه شرطا كحد القذف وحد السرقة فهذا النوع يجوز التوكيل فيه عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى في الاثبات سواء كان الموكل حاضراً او غائباً ويجوز في الاستيفاء اذا كان حاضراً ولا يجوز اذا كان غايباً ، ونوع منه لم تكن الدعوى فيه شرطاً كحد الزنا وحد الشرب فهذا النوع لا يجوز التوكيل في اثباته ولا في استيفائه . ثم الخلاف انما في حق اثبات الحد اما التوكيل باثبات المال في السرقة فمقبول بالاجماع

واما حقوق العباد فعلى نوعين نوع لا يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالقصاص فيجوز التوكيل باثباته عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى . واما التوكيل باستيفاء القصاص فان كان الموكل وهو الولي حاضراً جاز وان كان غايباً لا يجوز ، ونوع يجوز استيفاؤه مع الشبهة كالديون والاعيان وسائر الحقوق فيجوز التوكيل بالخصومة في اثبات الدين والعين وسائر الحقوق سوى القصاص برضى الخصم بلا خلاف . ويجوز التوكيل بالتقرير اثباتاً واستيفاء بالاتفاق وللوكيل ان يستوفي سواء كان الموكل حاضراً او غايباً ويجوز التوكيل بالبياعات والاشربة والاجارات والنكاح والطلاق والعتاق والخلع والصلح والاعارة والاستعارة والهبة والصدقة والايداع وقبض الحقوق والخصومات وتقاضي الديون والرهن والارتهان . ولا تصح الوكالة في المباحات كالاحتشاش والاحتطاب والاستقاء واستخراج الجواهر من المعادن فما اصاب الوكيل شيئاً من ذلك فهو له و كذا التوكيل بالتكدي يعني الشحاذة . ولا يصح التوكيل بالاستقراض فلا يثبت الملك فيما استقرض للموكل الا اذا بلغ على سبيل الرسالة فيقول ارسلني اليك فلان يستقرض كذا فحينئذ

يثبت الملك للمستقرض وما استقرضه الوكيل فهو للوكيل ، وله ان يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله . ويجوز التوكيل بطلب الشفعة والرد بالعيب والقسمة والاستيهاب . وليس للوكيل في الهبة ، ان يرجع بها ولا للوكيل في الايداع ، ان يقبض الوديعة ، ولا للوكيل في الاقراض ، ان يقبض القرض ممن هو عليه ، ولا للوكيل بالرهن ان يقبض الرهن من المرتهن . وان كانت هذه الوكالة من الملتمس لذلك من المالك — بان وكل رجلا ان يرتهن عبد فلان بدينه او يستعيره له او يستوهبه فان الوكيل في ذلك يضيف الى موكله ولا يضيف الى نفسه فيقول ان زيداً يستوهبك عبدك او يسترهنك بماله عليك من الدين او يستعير منك . وان اضافه الى نفسه فقال هب لي او اعرني او اقرضني فذلك كله للوكيل دون الموكل اه بزيادة ايضاح قليلة

وذكر في البحر ان من مسائل التوكيل بالايفاء قالوا لو وكله بقضاء الدين — يعني وكله بان يدفع الوكيل من مال نفسه الى دائن الموكل فجاء الوكيل وزعم قضائه وصدقه موكله فيه فلما طالبه وكيله برد ما قضاه لاجله قال الموكل اخاف ان يحضر الداين وينكر قضاء وكيلي ويأخذ مني ثانياً ، لا يلتفت الى قول الموكل ويؤمر بالخروج عن حق وكيله فاذا حضر الداين واخذ من الموكل يرجع الموكل على الوكيل بما دفعه اليه وان كان صدقه بالقضاء . وفي كتاب الحوالة امره بقضاء دينه يعني من ماله اي المأمور فقال قضيت وصدقه الآمر ثم حلف الداين على عدم وصوله اليه وأخذ الدين من الآمر ، لا يرجع المامور على الآمر لان الآمر كذب في اقراره حيث قضي عليه بالدين ، ولان المامور وكيل بشراء ما في ذمة الآمر بمثله وبنقد الثمن من ماله اي مال المامور وانما يرجع على الآمر اذا سلم له ما في ذمته كالمشتري — اي كمن وكل آخر بشراء متاع انما يؤمر بتسليم الثمن الى الوكيل اذا سلمه الوكيل ما اشتراه اه مختصراً

قال العلامة الحموي نقلاً عن العلامة المقدسي : هذا اي قول البحر لا يلتفت الى قول الموكل ويؤمر بالخروج عن حق وكيله الخ ، اذا قال اخاف ان ينكر الداين القبض فلو قال ان الداين انكر القبض وطالبني هل يكون كما لو قال اخاف ، او يتوقف . ينبغي انه ان برهن على انكاره ، يرجع والا فلا لان الوكيل يبرأ بحلفه كما ذكره في الكافي اه وهذا كله اذا كان الوكيل مأموراً بان يدفع للداين من

مال نفسه اما لو دفع اليه دراهم وقال له اقض بها ديني الذي لزيد فادعى الوكيل الدفع الى الداين وكذبه كل من الموكل والدائن ، فالقول للوكيل في براءة نفسه بيمينه والقول للداين في انكاره القبض بيمينه ايضاً كما في فتاوى قارى، الهداية كذا في التكملة — لكن تجب اليمين على احدهما فقط فيحلف من كذبه الموكل دون من صدقه كما في التكملة ايضاً عن البدائع وقدمناه في شرحنا لقول المجلة الباب الاول في بيان ركن الوكالة وتقسيمها عن الهندية .

ومن مسائل التوكيل بالاستيفاء يعني بقبض الدين ما في البحر: الوكيل بقبض الدين يقبل قوله في قبضه وضياعه ودفعه الى الموكل ويبرأ الغريم ولو كان ممن لا تقبل شهادته له — بخلاف اقراره بقبض الطالب ولو وجب على الوكيل بالقبض مثله لمديون موكله وقعت المقاصة وكان الوكيل مديون الموكل . ولا يملك الوكيل بقبض الدين الابراء والهبة واخذ الرهن ويملك اخذ الكفيل بخلاف الوكيل بالبيع حيث يملك الكل . وليس للوكيل بالقبض، قبول الحوالة ويصح التوكيل بالقبض وبقضاء الدين بلا رضى الخصم ولا ينعزل بموت المطلوب وينعزل بموت الطالب اه وتمامه فيه

- الباب الثالث -

﴿ في بيان احكام الوكالة ويشتمل على ستة فصول ﴾

- الفصل الاول -

« في بيان احكام الوكالة العمومية »

المادة ١٤٦٠ — ﴿ يلزم ان يضيف الوكيل العقد الى موكله في الهبة والاعارة والايداع والرهن والاقراض والشركة والمضاربة والصلح عن انكار وان لم يضفه الى موكله فلا يصح ﴾

اي لا ينفذ على الموكل ، وان كان بعضها يصح على الوكيل وبعضها لا يصح اصلاً . وليس المراد من قوله في الهبة والاعارة ، الحصر في هذه العقود بل مثلها الوكيل بالنكاح والطلاق والخلع والعتق على مال والمكاتبة والصلح عن دم العمد كما في عامة المتون ، وكذا في الابراء كما في الاشباه عن الخزانة ، وكذا بالتصدق كما في التنوير وغيره فأن جميع هذه العقود يلزم اضافتها الى الموكل . والمراد من اضافتها الى الموكل ان يذكر الموكل اثنائها سواء اسند الوكيل الفعل الى نفسه او الى موكله — حتى اذا كان وكيلاً من جانب المرأة يقول للزوج خالع امرأتك على هذه الالف فاذا قال الزوج خالعت يتم العقد بقول الوكيل ، قبلت كما صرحوا به في الخلع — اما لو قال خالع على الف ولم يذكر المرأة والمسئلة بحالها لا يتم الخلع . ولو كان وكيلاً من الجانبين فقال خلعت فلانة من زوجها على كذا جاز افاده العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر .

وانما اشترط اضافة هذه العقود الى الموكل على الوجه الذي ذكرناه ، لأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات والوكيل اجنبي عن الحكم فلا بد من اضافة العقد الى الموكل ليكون الحكم مقارنا للسبب — اما النكاح فلأن الاصل في البضع الحرمة فكان النكاح اسقاطا لها والساقط يتلاشى فلا يتصور صدور السبب عن شخص على سبيل الاصالة ، ووقوع الحكم لغيره فجعل سفيراً ليقارن الحكم السبب — حتى لو اضاف النكاح الى نفسه ، وقع له بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما في البيع بخيار فجاز صدور السبب عن شخص اصالة ووقوع الحكم لغيره خلافة . واما الخلع فلأنه اسقاط للنكاح والناكح المرء والمنكوحة المرأة والوكيل اما منه او منها وعلى التقديرين يكون سفيراً محضاً فلا بد من الاضافة الى الموكل . واما الصلح عن انكار فإنه ايضاً اسقاط لا يشوبه معاوضة فلا بد من الاضافة الى الموكل وكذا الصلح عن دم العمد فانه اسقاط محض . والوكيل اجنبي سفير فلا بد من الاضافة الى الموكل وكذا الحال في البواقي هذا ملخص ما ذكره القوم في هذا المقام كذا في الدرر وقريب منه في الزيلعي .

هذا وذكر العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ما نصه : ثم الذي يظهر لي من كلامهم ان المراد بالوكيل هنا الذي يلزم ان يضيف العقد الى موكله ، من يكون وكيلاً من جهة من يثبت له الملك بقرينة التعليل بأن الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب ففي النكاح يقول وكيل الزوج زوج بنتك لفلان فيضيفه الى الموكل ولو قال زوجني وقع له لا للموكل واما وكيل الزوجة فيقول زوجت فيصح وفي الطلاق بمال يقول وكيل الزوج طلقت فلانة بألف وفي الخلع يقول خالعتها على الف واما وكيل المرأة فيقول قبلت بدون اضافة لها وكذا في العتق على مال والكتابة . ولو كان الطلب من جهة وكيل المرأة او العبد يقول طلق فلانة بالف او اخلعها على الف او اعتق عبدك على كذا او كاتبه على كذا فيقول وكيل الزوج او السيد فعلت فيكتفي بالاضافة من احد الجانبين ، لان الملك من كل منهما فان المرأة تملك نفسها وكذا العبد كما ان الزوج او السيد يملك العوض . وفي الصلح عن انكار او دم عمد يقول الوكيل صالح فلانا عن دعواك عليه هذا المال او الدم فيقبل المدعي

ولو قال الوكيل في هذه المواضع اعتقني او طلقني او كاتبني او صالحني لم يصح بخلاف بعني وآجرني فانه يصح اضافتها الى نفسه وكذا بقية الصور الآتية يقول الوكيل من جهة طالب التملك هب فلاناً او تصدق عليه او اعره او اودعه او ارهن عنده كذا او اقرضه كذا . ولو قال هبني او تصدق علي او اعرني الخ يقع له لا للموكل . واما الوكيل من الجانب الآخر كما اذا دفع لرجل مالاً ووكله بأن يهبه لفلان مثلاً فانه يقول وهبتك او تصدقت عليك او اعرتك او اودعتك من غير ان يقول وهبتك هذه الالف التي لفلان الموكل

ثم اعلم ان هذه المذكورات يفترق بعضها عن بعض من حيث ان ما كان منها اسقاطاً يضيفه الوكيل الى نفسه مع التصريح بالموكل فيقول زوجتك فلانة وصالحتك عما تدعيه على فلان من المال او الدم . اما ما كان منها تمليكاً لعين او منفعة او حفظ فلا يضيفه الى نفسه بل الى الموكل فقط كقوله هب لفلان كذا او اودعه كذا او اقرضه كذا فلا بد في هذا من اخراج كلامه مخرج الرسالة فلا يصح ان يقول هبني كذا كما مر ولا هبني لفلان او اودعني لفلان . وعلى هذا فقولهم التوكيل بالاستقراض باطل ، معناه انه في الحقيقة رسالة لا وكالة فلو اخرج الكلام مخرج الوكالة لم يصح بل لا بد من اخراجه مخرج الرسالة كما قلنا . وبه علم ان ذلك غير خاص بالاستقراض بل كل ما كان تمليكاً — اذا كان الوكيل من جهة طالب التملك لا من جهة المملك فان التوكيل بالاقراض والاعارة صحيح ، لا بالاستقراض والاستعارة بل هو رسالة هذا ما ظهر لي فتأمله اه

وهو كلام وجيه — لكن يعكر عليه ما في التكملة عن الاشباه معزياً للخزانة الوكيل في الابراء اذا ابرأه ولم يضفه الى موكله لم يصح اه ، فان هذا وكيل عن المملك لا عن من يثبت له الملك ولم يصح ابراؤه ما لم يضفه الى موكله . ويمكن ان يقال المراد بقوله ولم يضفه الى موكله انه لم يذكر موكله وهذا لان ذكره لا بد منه كما علمت ولهذا لو قال ابرأتك عن الدين الذي لفلان عليك ، يصح مع انه اسند الابراء الى نفسه بخلاف الوكيل عن المديون الذي يثبت له التملك فانه لو قال ابرئني عن دينك الذي على فلان فقال له الداين ابرأتك لا يصح على ما تقدم وانه يصح لو قال ابرأت فلاناً يعني من عليه الدين تأمل

﴿ تنبيه ﴾

حيث علمت ان الوكيل في هذه العقود سفير محض وان اسند العقد في بعضها نفسه بعد ذكر الموكل على ما بينا تعلم ان حكمه حكم الرسول من حيث ان حقوق تلك العقود تتعلق بالموكل دون الوكيل كما سيأتي في المادة ١٤٦٣ وشرحها

المادة ١٤٦١ - ﴿ لا يشترط اضافة العقد الى الموكل بالبيع والشراء والاجارة والصلح عن اقرار فان لم يضف الوكيل الى موكله واكتفى باضافته الى نفسه صح ايضاً وعلى كلتا الصورتين لا تثبت الملكية الا لموكله ولكن ان لم يضف العقد الى الموكل تعود حقوق العقد الى العاقد يعني الوكيل وان اضيف الى الموكل تعود حقوق العقد الى الموكل ويكون الوكيل بهذه الصورة كالرسول مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل واكتفى باضافة العقد الى نفسه ولم يضفه الى موكله يكون مجبوراً على تسليم المبيع الى المشتري وله ان يطلب ويقبض الثمن من المشتري واذا خرج للمال المشترى مستحق وضبطه بعد الحكم يرجع المشتري على الوكيل يعني يطلب الثمن الذي أعطاه اياه منه والوكيل بالشراء اذا لم يضف العقد الى موكله على هذا الوجه يقبض المال المشتري ويجبر على اعطاء ثمنه للبائع من ماله وان لم يستلم الثمن من موكله واذا ظهر عيب قديم في المال المشترى فللوكيل حق المخاصمة لاجل رده ولكن اذا كان الوكيل قد اضاف العقد

الى موكله بان عقد البيع بقوله بعت بالوكالة عن فلان او اشتريت لفلان فعلى هذه الحال تعود الحقوق المبينة آنفاً كلها الى الموكل ويبقى الوكيل في حكم الرسول في هذه الصورة ☼

انما لا يشترط اضافة هذه العقود الى الموكل لانها معاوضات فالحكم فيها يقبل الانفصال عن السبب — الا ترى ان البيع بالخيار صحيح مع ان الحكم وهو دخول المبيع في ملك المشتري لم يحصل فحيث انفصل الحكم عن السبب فلا مانع من ان يصدر السبب من الوكيل باضافته الى نفسه ويقع الحكم وهو الملك للموكل بخلاف العقود التي هي اسقاطات فان الساقط يتلاشى فلا يتصور ان يصدر السبب من شخص ويقع الحكم لآخر كما تقدم

وحاصل ما ذكروه في المسئلة ان الوكيل باحد هذه العقود مختار بين ان يضيف العقد الي موكله وبين ان يضيفه لنفسه وكيفما فعل فالملكية لا تثبت الا للموكل — حتي لو اشترى الوكيل قريب موكله يعتق عليه او زوجته فيفسد نكاحها — لكن ان اضاف العقد الى الموكل تثبت له الملكية اصالة وان اضافه الى نفسه تثبت له خلافةً عن الوكيل بمعنى ان الوكيل اصيل في حق العقد — لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير ان يكون اصلاً فيه — كالعبد يتهب او يصطاد فان المولى يثبت له الملك فيما اتهبه العبد او اصطاده خلافةً عنه . وهذا هو الاصح وقيل يثبت للوكيل . ثم ينتقل الى الموكل وقيل الوكيل نائب في حق الحكم اصيل في الحقوق ، ولم يذكروا لهذا الاختلاف ثمرة ، لاتفاقهم على عدم عتق قريب الوكيل لو اشتراه وعدم فساد نكاح زوجته لو اشتراها ، لان الملك على القول الثاني لم يستقر للوكيل . والموجب للعتق وفساد النكاح الملك المستقر افاده في البحر .

اقول يمكن ان تظهر الثمرة فيما لو علق طلاق زوجته على دخول شيء معين في ملكه ثم اشتراه بالوكالة فلا تطلق زوجته على القول الاول والثالث وتطلق على الثاني تأمل . ثم ان الوكيل ان اضاف العقد الي نفسه تتعلق حقوق العقد به

ولو كان غايباً فلو باع ثم غاب لا يكون للموكل قبض الثمن ولو مات الوكيل تنتقل الحقوق الى وصيه لا للموكل وان لم يكن له وصي يرفع الى الحاكم ينصب وصياً عند القبض وهو المعقول ، وقيل ينتقل الى موكله ولاية قبضه فيحتاط عند الفتوى . وجزم في البزازية بما هو المعقول وقال في البحر وبه افتيت بعد ما احتطت اه . ملخصاً من البحر . وهذا ان لم يكن محجوراً فلو محجوراً كالعبد والصبي المحجورين تتعلق حقوق عقدهما بالموكل وان اضافاه الى انفسهما ، اذ لا يصح المحجور من التزام العهدة لحق مولى العبد ولقصور اهلية الصغير — غير ان العبد اذا عتق تعود العهدة عليه والصبي اذا بلغ ، لا . واما المأذون منهما فان كان وكيلاً بالبيع تتعلق به العهدة مطلقاً وان كان وكيلاً بالشراء فان اشترى بثمن حال فكذلك وان بمؤجل ، فالعهدة على الموكل ايضاً لانه في معنى الكفالة وهو ليس بأهل لها وقد تقدم في المادة ١٤٥٨ وشرحها فلتراجع . والحقوق التي تتعلق بالوكيل منها ما هو له وليس بواجب عليه لانه متبرع — لكن يؤمر ان يوكل بها الموكل كقبض المبيع وقبض الثمن والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق وهذا شامل للمسئلتين

الاولى ما اذا كان الوكيل بايعاً وقبض الثمن من المشتري ثم استحق المبيع فان المشتري يرجع بالثمن على الوكيل سواء كان الثمن باقياً في يده او سلمه الى الموكل وهو يرجع على موكله

الثانيه ما اذا كان مشترياً فاستحق المبيع من يده فانه يرجع بالثمن على البايع دون موكله كما ان المخاصمة في العيب شاملة لمسئلتين ان يكون الوكيل بايعاً فيرده المشتري عليه ، وان يكون مشترياً فيرده الوكيل على البايع — لكن بشرط كونه في يده فان سلمه الى الموكل فلا يرده الا باذنه والوكيل لو رضي بالعيب ، لزمه . ثم الموكل ان شاء الزم الوكيل وان شاء قبله . وقبل ان يلزم الوكيل لو هلك يهلك على الموكل ولو مات الوكيل بالشراء ووجد الموكل بالمشتري عيباً يرده وارث الوكيل او وصيه والا فالموكل والوكيل بالبيع اذا مات ووجد مشتريه به عيباً رده على وصي الوكيل او وارثه والا فعلى الموكل . والوكيل بالشراء لا يملك ابراء البايع عن العيب عند ابي حنيفة ومحمد واختلفوا في قول ابي يوسف واستفيد من كون قبض الثمن من حقوقه انه لو ضمن الوكيل الثمن اي كفله

لا يصح ضمانه ولو احال المشتري الموكل على وكيله به بشرط براءة المشتري ، لم يصح ولو احال الوكيل موكله بالثمن على المشتري صحت . وهي وكالة لا حوالة ، لانه لا شيء للموكل على وكيله ، وان الوكيل لو منع المشتري من دفع الثمن الى موكله ، صح وله الامتناع عن الدفع اليه اي وان لم يمنعه الوكيل ولكن لو دفع اليه ، صح وبريء استحساناً وانه يصح ابراء الوكيل وحوالته على الاملأ والمماثل والأدون واقالته وحطه وتأجيله والتجوز بدون حقه عندهما ويضمن خلافاً للثاني هذا قبل قبضه اما بعد قبضه لا يملك الحط والابراء والاقالة . وبعد ما قبل بالثمن حوالة لا يصح كما بعد الاستيفاء . والوكيل بالاجارة اذا فسخها قبل مضي المدة صح لا بعد مضيها . وبعد قبض الاجرة ديناً كان او عيناً ، لا يصح الفسخ ، وان الوكيل لو وكل موكله بقبض الثمن صح وله عزله الا اذا خاصمه الموكل في تأخيره المطالبة فالزم القاضي الوكيل ان يوكل موكله لا يملك عزله .

ومنها ما هو عليه كتسليم الثمن والمبيع ونحوهما فهذه يجبر عليها بطلب البايع والمشتري ونحوهما . وله ان يسلم المبيع قبل قبض الثمن حتى اذا قال له الموكل بعد البيع لا تدفع المبيع حتى تقبض الثمن ، جاز له دفعه قبل قبض الثمن وكان النهي باطلاً عندهما خلافاً للثاني كما في القنية — لكن قيده في البزازية بما اذا كان المبيع في يد الوكيل فلو في يد الموكل وابى عن الدفع قبل قبض ثمنه له ذلك . اما لو نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبضه من المشتري ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التي قبضتها منك اه الكل من الدر وحواشيه . وافاد في الهندية عن السراج ، ان المشتري من الوكيل اذا اثبت العيب على الوكيل ورده عليه بقضاء القاضي اخذ الثمن من الوكيل اذا نقده اليه وان نقده الى الموكل ، اخذه من الموكل وكذا اذا استحق من يده رجع بالثمن على الوكيل ان نقده اليه . وان نقده للموكل رجع به عليه اه ملخصاً من البحر

قال العلامة ابو السعود واقول لم يظهر لي وجه ما في القنية من بطلان النهي عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن مع ان المصرح به ان المشتري يؤمر بتسليم الثمن اولا حيث كان الثمن حالاً وعللوا ذلك بقولهم ليتعين حق البايع فيه اما المشتري فقد تعين حقه في البيع بمجرد العقد لان الثمن لا يتعين بالتعيين حتى لو اضيف العقد

الى دراهم معينة كان له ان ينقد غيرها — فالظاهر ان ما في القنية من بطلان النهي عن تسليم المبيع قبل قبض ثمنه ضعيف اه

اقول ما في القنية نقل مثله في البحر عن الخلاصة وكذا في البزازية ، مقيداً كما سمعت ووجهه ظاهر وهو ان المبيع بعد البيع صار ملك المشتري . وتسليمه او امساكه حتى يقبض الثمن ، حق الوكيل وصرح الزيلعي بان الموكل اجنبي عن العقد وعن حقوقه حتى قال في كافي الحاكم كما نقله في البحر : لو وكل القاضي وكيلاً ببيع شيء فباعه ثم خاصمه المشتري في عيبه جاز قضاء القاضي للوكيل اه فكيف يصح نهيه عما ليس من حقوقه بل هو فيه اجنبي . فقوله ان ما في القنية ضعيف ، ضعيف فتنبه .

وقوله في هذه المادة مثلاً لو باع الوكيل بالبيع مال الموكل الخ ، دخل فيه ما لو كان وكيلاً بالاجارة فان له قبض الاجرة وعليه تسليم العين الى المستاجر وبه صرح في كافي الحاكم حيث قال ان للوكيل بالاجارة المخاصمة في اثباتها وقبض الاجرة وحبس المستاجر به فان وهب الاجر للمستأجر او ابرأه جاز ان لم يكن عيناً ويضمنه وان عيناً ، لا . وان ناقض الوكيل المستاجر الاجارة قبل ان يعمل فيها شيئاً ، جازت ديناً كان الاجر او عيناً ويبرىء المستأجر الا ان يكون الوكيل قبض الاجر اه . فما في منية المفتي من ان الوكيل بالاجارة ليس له قبض الاجرة وحبس المستأجر به ، سبق قلم افاده في البحر — لكن نقل في حاشيته للعلامة ابن عابدين عازياً للرملي ، ان ما في منية المفتي صرح به في السراجية والله تعالى اعلم اه وقال : وعلى هذا يطالب الوكيل بالاستئجار بالاجرة كالوكيل بالشراء اه . ثم لا فرق في كون الحقوق تتعلق بالوكيل اذا اضاف العقد الى نفسه بين ان يكون الموكل حاضراً حالة عقد الوكيل او غايباً لان الوكيل هو العاقد حقيقة وحكماً كما في التنوير وغيره خلافاً لما في الجوهرة من انه لو كان الموكل حاضراً فالعهدة على آخذ الثمن لا العاقد وخلافاً لما قاله القاضي الامام ابو المعالي ان العهدة على الموكل لانه اذا كان حاضراً كان كالمباشر بنفسه كما في الدر وحواشيه

وفيها ان شرط الموكل عدم تعلق الحقوق بالوكيل ، لغو كما لو وكله بالبيع بشرط ان لا يقبض الثمن فان الشرط باطل ايضاً ولو كتب الصك باسم الموكل لا يسقط

حق الوكيل في قبض الثمن الا ان يقر الموكل بقبضه اه وفي البحر عن البزازية : لو ان المشتري من الوكيل باعه من الوكيل . ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على المشتري منه وهو على الوكيل ، والوكيل على الموكل وتظهر فايدته عند اختلاف الثمن اه فلو ان الوكيل باعه من زيد بالف ثم باعه زيد من الوكيل بالف وماية ثم استحق من الوكيل رجع الوكيل على بايعه زيد بالف ورجع زيد باعه عليه بالف وهو الثمن الذي اشتراه به ثم الوكيل على الموكل بما دفعه له وهو الالف

﴿ تنبيه ﴾

ما ذكرناه انفاً من ان الوكيل في هذه العقود ، مختار بين ان يضيف العقد الى موكله وبين ان يضيفة الى نفسه و كيفما فعل يثبت الملك للموكل ابتداء ، هو الموافق لما في شرح المجمع لابن ملك معزياً للفصول ومثله في المجتبي والزيلعي تبعاً لما في شرح الطحاوي — لكنه مخالف لما في الخلاصة والبزازية تبعاً لما نقله قاضيخان عن الجامع الاصغر حيث قالا : وكيل شراء العبد جاء الى مالكه فقال أي المالك بعت هذا العبد من الموكل وقال الوكيل قبلت ، لا يلزم الموكل لانه خالف حيث امره ان لا يرجع العهدة اليه وقد ارجع قال ابو القاسم الصفار : والصحيح ان الوكيل يصير فضولياً ويتوقف العقد على اجازة الموكل اه . وعلل الزيلعي الاول بان الداخل في الوكالة بالشراء ، شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى احد فكل شيء اتى به لا يكون مخالفاً اه . وذكر في نور العين بعد ان استظهر ما في شرح الطحاوي ان غاية ما في الباب ان المسئلة فيها روايتان ، او يكون احد ما ذكر في شرح الطحاوي وقاضي خان غير صواب كما لا يخفى على ذوي الالباب اه هذا حاصل ما ذكره العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر قايلا فتامل في هذا المحل فانه من مداحض الاقدام اه وأما ما اتى به من التوفيق بين ما في الخلاصة والبزازية و بين ما في شرح المجمع واطال في بيانه ابنه في التكملة وحاصله ان ما في شرح المجمع مقيد بما اجاز الموكل العقد بناء على توقف نفاذه على اجازة الموكل كما قال الصفار ثم بعد الاجازة ينفذ عليه البيع وتتعلق به الحقوق ، ففيه ان تعليل الزيلعي المار ينبذه كما لا يخفى . وانت على علم بان هذه المادة صريحة في الاعتماد على ما في

شرح المجمع تبعاً للزيلعي وشرح الطحاوي فكان عليه المعول فلا التفات الى تفقه او تاول

المادة ١٤٦٢ = ﴿ تعود حقوق العقد في الرسالة الى المرسل ولا تتعلق بالرسول اصلاً ﴾

لأن الرسول ليس بعاقد بل هو سفير يوءدي عبارة المرسل والعاقد في الحقيقة هو المرسل كما قدمناه في شرح المادة ١٤٥٤ ، ولان الوكيل اذا اضاف العقد الى موكله تتعلق الحقوق بموكله فما بالك بالرسول الذي شرطه ان يضيف العقد الى موكله كما في البحر وغيره — حتى اذا اخرج الرسالة مخرج الوكالة بان اضاف العقد الى نفسه خرج من كونه رسولا وصار فضولياً فان باع توقف البيع على اجازة مرسله وان اشترى نفذ الشراء عليه لان الشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف قال في البزازية والرسول في البيع والطلاق والعتاق والنكاح ، اذا اخرج الكلام مخرج الوكالة بان اضاف الى نفسه بان قال طلقتك وبعتك وزوجت فلانة منك ، لا يجوز لان الرسالة لا تتضمن الوكالة لانها فوقها . وان اخرجه مخرج الرسالة جاز بان يقول ان مرسلي يقول بعت منك اه وارجع لما كتبناه في شرح المادة المذكورة

المادة ١٤٦٣ = ﴿ المال الذي قبضه الوكيل بالبيع والشراء وايفاء الدين واستيفائه وقبض العين من جهة الوكالة في حكم الوديعة في يده فاذا تلف بلا تعد ولا تقصير لا يلزم الضمان والمال الذي في يد الرسول من جهة الرسالة ايضاً في حكم الوديعة ﴾

في الخانية رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يشتري له عبداً فوضع الوكيل الدراهم في منزله وخرج الى السوق واشترى له عبداً بألف درهم وجاء بالعبد الى منزله فاراد ان يدفع الدراهم الى البايع فاذا الدراهم قد سرقت وهلك العبد في منزله فجاء البايع وطلب منه الثمن وجاء الموكل يطلب منه العبد كيف يفعل ، قالوا يأخذ الوكيل من الموكل الف درهم ويدفعها الى البايع . والعبد والدراهم هلكا على الامانة في يده قال الفقيه ابو الليث هذا اذا علم بشهادة الشهود انه اشترى العبد وهلك في يده اما اذا لم يعلم ذلك الا بقوله فانه يصدق في نفي الضمان عن نفسه اه

وفيها الرسول امين والعين في يده امانة فاذا ادعى رد العين الى صاحبها او ادعى الموت او الهلاك يصدق مع يمينه بالاتفاق — الا ان يكذبه الظاهر . وفي البحر ان وكيل البيع لو دفع المبيع الى الدلال ليعرضه على من يرغب فيه فغاب وضاع في يده قيل لم يضمن لكن المختار الضمان كما في البزازية لكونه دفع ملك الغير بغير اذنه وان كان اصيلاً في الحقوق . وفي البزازية وكيل البيع قال بعته وسلمته من رجل لا اعرفه وضاع الثمن عند المشتري قال القاضي يضمن لانه لا يملك التسليم لمن لا يعرفه قبل قبض ثمنه . وهذه المسئلة تخالف مسئلة القمقمة المذكورة في التتارخانية عن الظهيرية وهي كما في الفروع آخر الدر : دفع اليه قمقمة ليدفعها الى انسان يصلحها ونسي من دفعها اليه لا يضمن الوكيل بالدفع لانه فعل ما امر به ولم يكن متعدياً بالنسيان اه بزيادة من حواشيه . وتوجيه الفرق بين المسئلتين ، يعلم من تعليلهما قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر وينبغي تقييده اي ضمان وكيل البيع اذا دفع للدلال وغاب وضاع ، بما اذا لم تكن العادة جارية في ذلك . اما اذا كان شيئاً لا يبيعه الوكيل بنفسه بل يدفع في العادة الى دلال ليعرضه على البائع لا يضمن لانه بمقتضى العادة يكون مأذوناً بذلك . وفي الفتاوى الخيرية : سئل فيما اذا جرت العادة بين التجار ان يبعث بعضهم الى بعض بضاعة يبيعها ويبعث بثمنها مع من يختاره من المكارية بحيث اشتهر ذلك بينهم اشتهاراً شايعاً فيهم وباع المبعوث اليه البضاعة المبعوثة في مدينته وارسل مع من اختار من المكارية لباعثها ثمنها على دفعات متعددة حسبما تيسر له

وانكر المبعوث اليه بعض الدفعات هل يكون القول قول باعث الثمن بيمينه وان لم يعلم تفاصيل ذلك لطول المدة ام لا بد له من البينة — اجاب القول قوله بيمينه اذ له بعثه مع من يختاره و يراه امينا لانه امين لم تبطل امانته والحالة هذه بالارسال مع من ذكر . وقد ذكر الزاهدي رامزاً لبكرخواهر زاده جرت عادة حاكة الرستاق انهم يبعثون الكرابيس بيد شخص ظنه أمينا وابقى ذلك الرسول لا يضمن الباعث اذا كانت هذه العادة معروفة عندهم قال استاذنا رحمه الله تعالى وبه اجبت انا وغيري اه وقد عضد بقولهم : المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والعادة محكّمة والعرف قاض الى غير ذلك اه ما في الخيرية اه وذكر مثله في الحامدية وذكر في التكملة عن الولوالجية : رجل غاب وامر تلميذه ان يبيع السلعة ويسلم ثمنها الى فلان فباعها وامسك الثمن عنده ولم يسلمه حتى هلك لا يضمن لان استاذه لا يضيق عليه عادة فلا يصير بتأخير الاداء ضامناً .

المادة ١٤٦٤ - ✻ لو ارسل المديون دينه الى الداين وقبل الوصول اليه تلف في يد الرسول فان كان رسول المديون يتلف من مال المديون وان كان رسول الداين يتلف من مال الداين ويبرأ المديون من الدين ✻

انظر ما نقلناه عن الخانية في شرح المادة (١٤٥٤) . وفي البحر عن الواقعات الحسامية : المديون اذا بعث الدين على يد وكيله فجاء به الى الطالب واخبره ورضي به وقال اشتر لي شيئاً فذهب واشترى ببعضه شيئاً وهلك منه الباقي قال بعضهم يهلك من مال المديون وقال بعضهم من مال الطالب . وهذا اصح لان امره بالشراء بمنزلة قبضه اه وليس هذا مخالفاً لما في القنية حيث قال ولو وكله بقبض دينه على فلان فاخبر به المديون فوكله ببيع سلعته وايفاء ثمنه الى رب الدين فباعها واخذ الثمن وهلك يهلك من مال المديون لاستحالة ان يكون قاضياً ومقتضياً والواحد لا يصلح ان يكون وكيلاً للمطلوب والطالب في القضاء والاقتضاء اه لان ما في الواقعات سبق توكيل المطلوب وما في القنية فيما اذا سبق توكيل الطالب كما لا

يخفى اه افاده البحر وفي الخانية : المديون اذا دفع الى صاحب الدين عيناً وقال له بعه وخذ حقك منه فباعه وقبض الثمن وهلك في يده يهلك من مال المديون — ما لم يحدث رب الدين فيها قبضاً لنفسه . ولو قال بعه بحقك فباعه وقبض الثمن يصير قابضاً حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال القابض اه وفيها ولو ان رجلاً بعث الى رجل بكتاب مع رسول ان ابعث الى ثوب كذا بثمن كذا ففعل وبعث به مع الذي اتاه بالكتاب ، لم يكن من مال الآمر حتى يصل اليه وكذلك القرض والاقتضاء . وفي هذا انما الرسول رسول الكتاب اه وفيها مديون دفع الدراهم الى صاحب دينه وامره بان ينقدها فهلكت في يده هلكت من مال المديون والدين على حاله ولو دفع الدراهم الى صاحب الدين ولم يقل شيئاً ثم ان الطالب دفع الدراهم الى المديون لينقدها فهلكت في يده هلكت من مال الطالب كما لو دفعها الطالب الى اجنبي لينقدها اه اي لان القبض في الثانية قد تم بخلافه في الاولى فانه لا يتم الا بعد النقد المأمور به . وفي الدر وحواشيه ادعى انه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم امر بدفعه اليه عملاً باقراره ولا يصدق لو ادعى الايفاء الا ان يقيم البينة عليه فلو برهن على الايفاء ، يقبل لان الوكيل بقبض الدين وكيل في الخصومة فيه — لكن ان عجز عن اقامة البينة واراد تحليف الوكيل انه لم يعلم بالايفاء ، لا يحلف اذ لو اقر به لم يجز على موكله لانه على الغير هذا ما صرح به في البحر والزيلعي وجامع الفصولين وغيرها فما قاله الشارح اللبناني من انه لا سبيل له ليبرهن على الوكيل لان الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة فرية بلا مرية فليتنبه له . ثم ان حضر الغائب فصدقه في التوكيل فيها ونعمت وان كذبه وحلف امر الغريم بدفع الدين اليه ثانياً لفساد الاداء الى الوكيل بانكاره التوكيل مع يمينه ففي البحر عن البزازية وان اراد الغريم ان يحلفه بالله ما وكلته ، له ذلك . وان دفع عن سكوت ، ليس له الا اذا عاد للتصديق وان دفع عن تكذيب ليس له ان يحلفه ، وان عاد الى التصديق لكنه يرجع على الوكيل بما دفعه اليه على كل حال ان كان ما دفعه باقياً في يده ولو حكماً بان استهلكه فانه يضمن مثله فهو في حكم الباقي . وان ضاع في يد الوكيل او ادعى دفعه الى موكله فلا يرجع الغريم عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق بالقبض فيكون اميناً الا في ثلاث صور فيضمن

الاولى ان يكون قد ضمنه عند الدفع بان قال له الغريم انت وكيله ولا آمن ان يجحد التوكيل ويأخذ مني ثانياً فيقول له الوكيل انا ضامن لما يؤخذ منك ثانياً لان هذا في زعمها يأخذه ظلما فيكون في حكم المغصوب فيصح ضمانه . اما اذا قال له انا ضامن لما قبضته منك فلا يصح ضمانه لان هذا امانة في يده فضمانه اياه غير صحيح

الثانية ان يقول مدعي الوكالة للغريم حين قبض منه الدين قبضت منك على اني ابرأتك من الدين فهو كما لو قال الاب للختن عند اخذ مهر ابنته آخذ منك هذا على اني ابرأتك من مهر ابنتي فان اخذته البنت ثانياً رجع الختن على الاب فكذا هذا

الثالثة اذا كان الغريم لم يصدقه اي لم يصدق لمدعي الوكيل على كونه وكيلاً بأن دفع له على زعمه اما عن سكوت او عن تكذيب لوكالته لانه انما دفع على رجاء الاجازة من الداين فلما انقطع رجاؤه حق له الرجوع ففي هذه الصور الثلاثة يضمن الوكيل يعني مدعي الوكالة ما قبضه من الغريم عند هلاكه وفيما عداها لا يضمن

وفي هذه الوجوه كلها ليس للغريم استرداد ما دفعه لمدعي الوكالة حتى يحضر الغايب . وان برهن انه ليس بوكيل او على اقراره بانه ليس بوكيل او اراد استحلافه لم يقبل لسعيه في نقض ما اوجبه للغائب — نعم لو برهن ان الطالب جحد الوكالة واخذ مني المال ، تقبل لان النقض حينئذ من الموكل لان الثابت بالبينة كالثابت بالعيان . ولو مات الموكل وورثه غريمه او وهبه له اخذه قائماً . ولو هالكاً ، ضمنه الا اذا كان صدقه على الوكالة فيأخذه لو كان قائماً حقيقةً او حكماً لا لو كان هالكاً . ولو اقر بالدين وانكر الوكالة حلف ما يعلم ان الطالب وكله بقبض دينه فاذا حلف لم يدفع اليه ، وان نكل قضي عليه بالمال للوكيل . وهذا كله اذا ادعى انه وكيل بقبض الدين — اما لو ادعى انه وكيل عن الغائب بقبض وديعته فصدقه المستودع او ادعى شراءها من المالك وصدقه ، فانه لا يؤمر بالدفع اليه على المشهور ، لانه اقرار بمال الغير — بخلاف الاول فانه اقرار بمال نفسه لان الدين يقضى بمثله لا بعينه فلو هلكت الوديعة في يده بعد ما منع قيل لا يضمن

وكان ينبغي الضمان لانه منعها من وكيل المودع في زعمه · ولو سلمها له فهلكت في يده وانكر المودع الوكالة ، يضمن المستودع بتسليمه · وله تحليفه انه ما وكله فان نكل برئت ذمته وان حلف ، ضمن ولا يرجع على الوكيل لان في زعمه المودع ظالم بتضمينه وليس للمظلوم ان يظلم الا اذا ضمنه عند الدفع كما مر · ولو دفع له ولم يصدقه على الوكالة بان سكت او كذب رجع عليه مطلقاً سواء كانت العين قائمة او هالكة ولو كانت قائمة اخذها في كل الوجوه لانه ملكها بالضمان · ولو اراد استردادها بعد الدفع لم يملكه لما مر من انه يكون ساعياً في نقض ما اوجبه للغائب · ولو ادعى انتقالها بالارث او الوصية من الغائب وصدقه امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا على ملك الوارث

وهذا اذا لم يكن على الميت دين مستغرق فان كان ودفع الوديعة الى الوارث او الموصى له ، ضمن وان انكر المستودع موته او قال ادري لا يؤمر بالدفع ما لم يبرهن مدعي الارث او الوصية · ودعوى انه اقامه وصياً ، كدعوى الوكالة فليس لمودع الميت او مديونه الدفع لمن يدعي الوصاية قبل ثبوت انه وصي ولو لا وصي فدفع الى بعض الورثة ، برئ عن حصته فقط · ولو وكل رجلاً بقبض مال فادعى الغريم ما يسقط حق الموكل كاداء او ابراء او اقرار الغائب بانه ملكي دفع الغريم المال ولو عقاراً اليه اي الى الوكيل ، لان جوابه المذكور اقرار بالدين وبالوكالة — ما لم يبرهن فان برهن على دعوى الايفاء مثلاً ، قبل على الوكيل لان الوكيل بقبض الدين ، وكيل بالخصومة وله تحليف الموكل اذا عجز عن البرهان لا الوكيل لانه لو اقر لم ينفذ على الموكل وكذا لو نكل · الكل من الدر وحواشيه والبحر وحاشيته ·

المادة ١٤٦٥ = ❋ اذا وكل واحد شخصين في امر فليس لاحدهما وحده التصرف في الخصوص الذي وكلا به ولكن اذا كانا قد وكلا لرد وديعة او ايفاء دين فلاحدهما ان يوفي الوكالة وحده واما اذا وكل احد آخر في امر ثم وكل غيره رأساً في ذلك الامر فايهما اوفي

الوكالة جاز *

حاصل ما ذكروه في هذا المقام ان احد الوكيلين ، ليس له ان يتصرف وحده فيما وكلا فيه لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما ، ولو كان البدل مقدراً لهما من جهة الموكل لان تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان ، وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك . وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي ويمكن اجتماعهما وكان توكيلهما بلفظ واحد . واما ما يحتاج فيه الى الرأي كطلاق وعتاق بلا بدل وكرد عين هي وديعة او عارية او مغصوبة او مبيعة فاسداً و كقضاء دين وتسليم هبة ، فيجوز لاحدهما ان ينفرد فيه بالتصرف لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي وكذا يجوز لاحدهما الانفراد فيما لا يمكن اجتماعهما فيه كالخصومة فان اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لانه يؤدي الى التلبيس على القاضي والى الشغب وهي وان كان يحتاج فيها الى الرأي الا ان الرأي فيها سابق عليها — ولهذا شرطوا ان تكون خصومة احدهما برأي الآخر فلو بدون رأيه لا تجوز عندنا ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لا يتعلق بسماعه الخصومة وهو ساكت ، فايدة الا انه اذا انتهت الخصومة الى قبض المال لا يجوز قبض احدهما حتى يجتمعا لان القبض مما يتأتى فيه الاجتماع بخلاف الخصومة لما ذكرنا — وكذا يجوز لاحدهما الانفراد لو كان توكيلهما على التعاقب بأن قال لاحدهما وكلتك ببيع هذا مثلاً ثم قال للآخر كذلك لانه حينئذ رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك — بخلاف ما اذا قال وكلتكما بكذا وبخلاف الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما ان ينفرد بالتصرف في الاصح ، لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة يثبت حكمها بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف . واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به احدهما وان كان احدهما حراً بالغاً عاقلاً والآخر عبداً وصبياً محجوراً عليه

قيدنا الطلاق والعتاق بكونهما بلا بدل لان ما كان منهما بمقابلة بدل

يحتاج فيه الى الرأي فلا يجوز فيه انفراد احدهما ولا بد ايضاً من تقييد ذلك بأن يكون التوكيل بطلاق امرأة بعينها او عبد بعينه والا لا ينفرد احدهما ايضاً لانه مما يحتاج الى الرأي بخلاف المعين ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى الرأي وكذا ما عطف عليه فرد احدهما كردهما

والتقييد برد الوديعة ونحوها للاحتراز عن استردادها فان احدهما لا ينفرد فيه كاقتضاء الدين لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه احدهما فضاع من يده ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ امره بأن يقبضاه مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأموراً في حالة الانفراد بقبض شيء منه

وفي الولوالجية وكلهما الواهب في تسليم الهبة للموهوب له فلاحدهما ان ينفرد واذا وكلهما الموهوب له في قبضها من الواهب فليس لاحدهما الانفراد فالاول كرد الوديعة والثاني كاستردادها . وفي الخانية من باب الوصي : ولو وكل رجل رجلين بأن يهبا هذه العين ولم يعين الموهوب له عندهما لا ينفرد احدهما بذلك وعند ابي يوسف ينفرد وان عين الموهوب له ينفرد احدهما عند الكل اهـ . وفي الذخيرة رجل وكل رجلاً بقبض كل حق له ثم فارقه ثم وكل آخر بقبض كل دين له فقبض الوكيل الاول شيئاً ليس من الدين كالساعة فليس للوكيل الثاني ان يقبضه من الاول لان الساعة مثلاً عين وليس بدين ولو وكل الثاني بقبض كل شيء له فللثاني ان يقبضه من الاول اي لان ما قبضه الاول شيء . ولو وكل رجلاً بقبض داره التي في موضع كذا التي في يد فلان . ثم وكل آخر بعده بمثل ما وكل به الاول يعني في قبض هذه بعينها فان كان الاول قد قبض الدار قبل توكيل الثاني فللثاني ان يقبضها من الاول وان وكل الثاني قبل ان يقبض الاول الدار فليس للثاني ان يقبضها لانها صارت مقبوضة لصاحبها اهـ

واعلم ان المراد من قولهم لا يتصرف احد الوكيلين الخ ان تصرفه وحده لا ينفذ لا انه لا يصح فلو باع احدهما بحضرة الآخر فان اجاز الاخر جاز والا فلا . ولو كان غايباً فأجازه لم يجز في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . ولو باع احدهما من صاحبه شيئاً لم يجز لما في وصايا الخانية ولو باع احد الوصيين شيئاً من التركة لصاحبه

لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد ويجوز عند ابي يوسف اه ملخصاً من الدر وحواشيه ومن البحر وحاشيته ومن الزيلعي ٠

اقول : وقوله فان اجاز الآخر جاز والا فلا هذا مقيد بما عدا الشراء فانه ينفذ على العاقد ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفاذاً على العاقد لا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل او الوكيل الآخر كما في حاشية الشلبي على الزيلعي ٠

المادة ١٤٦٦ = ✱ ليس لمن وكل في خصوص ان يوكل غيره به الا ان يكون قد اذنه الموكل بذلك او قال له اعمل برأيك فعلى هذا الحال للوكيل ان يوكل غيره وبهذا الوجه يكون الوكيل الذي وكله الوكيل وكيلاً للموكل ولا يكون وكيلاً لذلك الوكيل حتى انه لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الوكيل الاول او بوفاته ✱

وينعزل الوكيلان بعزل الموكل او وفاته ٠ وهذا يعني كون الوكيل الثاني لا ينعزل بعزل الوكيل الاول اذا اذن له بالتوكيل او قال له اعمل برأيك — اما لو قال له اصنع ما شئت فيملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني لما في البحر عن الخلاصة : رجل وكل رجلاً ببيع شيء له وشرائه وقال له اصنع ما شئت فوكل الوكيل رجلاً بذلك ثم مات الوكيل الاعلى فالوكيل الاسفل على وكالته ٠ ولو اخرجه الوكيل الذي وكله جاز ٠ ولو اخرجه الموكل جاز ايضاً سواء كان الوكيل الاول حياً او ميتاً اه ونقل مثله في الفتح عن الخانية معللاً بانه لما فوضه الى صنعه فقد رضي بصنعه ٠ وعزله من صنعه ونقل في البحر عن الخانية ايضاً : اذا وكل ثم قال للوكيل وكل فلاناً فان الوكيل لا يملك عزله الا اذا قال له وكل فلاناً ان شئت او وكل من شئت فيملك عزله اه وما ذكر في هذه المادة هو الموافق لما في الهداية

قال في الفتح ان قول المص يعني صاحب الهداية حتى لا يملك الاول عزله ، ظاهر في صورة ان يأذن له الموكل في التوكيل لان الاذن في ذلك لا يقتضي الاذن في العزل ايضاً — واما في صورة ان يقول له اعمل برأيك ، فهو مشكل لانهم صرحوا ان قوله اعمل برأيك توكيل عام فيدخل في عمومه توكيل الوكيل غيره وصرحوا باثبات صفة المالكية للوكيل فيملك توكيل غيره كالمالك فحينئذ ينبغي ان يملك الوكيل الاول عزل الوكيل الثاني ايضاً بعموم وكالته عن الموكل الاول ، وبكونه كالمالك باثبات صفة المالكية له ثم ايده بما تقدم عن الخانية ثم قال ولا يخفى ان الموكل الاول فيما نحن فيه يعني فيما اذا قال له اعمل برأيك رضي بان يعمل الوكيل الاول برأيه ، وان عزله الوكيل الثاني من عمله برأيه فينبغي ان يجوز عزله اياه . والفرق بينهما اي بين قول الموكل الاول اعمل برأيك وبين قوله اصنع ما شئت مشكل دونه خرط القتاد اه ونقل العلامة ابن عابدين في حواشيه على الدر وعلى البحر عن الحواشي السعدية والحواشي اليعقوبية نظير ماذكر في الفتح

والحاصل ان المنصوص عليه في الهداية وفي هذه المادة انه اذا قال له الموكل اعمل برأيك ، لا يملك الوكيل عزل الثاني والمنصوص عليه في الخانية والخلاصة انه اذا قال له اصنع ما شئت يملك عزله — وكذا اذا قال له وكل فلاناً ان شئت او وكل من شئت يملك عزله كما تقدم عن الخانية آنفاً وما ذكرناه عن الفتح والسعدية واليعقوبية بحث لا يصادم المنقول فعلينا ان نعمل في كل مسئلة بالمنصوص عليها وان كان الفرق بينهما مشكلاً واما دعوى صاحب البحر ظهور الفرق بينهما ، فغير ظاهرة نعم نقل في التكملة عن منية المفتي ما نصه: وكل الوكيل وقد قيل له اعمل برأيك صار الثاني وكيل الموكل وينعزل الاول والثاني بموت الموكل ولا ينعزل الثاني بموت الاول وانعزاله ويملك الاول عزل الثاني اه فقوله ويملك الاول عزل الثاني موافق لما بحثه في الفتح والسعدية واليعقوبية فلعل في المسئلة روايتين لكن لا ينبغي ان يعدل عما في الهداية لا سيما وقد اخذت به المجلة هذا ما ظهر لي في تقرير هذا المحل والتوفيق على الله عز وجل

واعلم ان قولهم ليس للوكيل ان يوكل بلا اذن ولا اعمل برأيك ، يستثنى منه كما في البحر والتنوير وشرحه الدر ثلاث مسائل

الاولى ان يوكله في دفع زكاة فانه يصح لهذا الوكيل ان يوكل غيره في دفعها حتى لو وكل الوكيل ثم وثم فدفع الاخير جاز ولا يتوقف سواء امره بالدفع الى معين او غير معين ، لان المقصود منها البرائة من سمة البخل في حق المزكي ونفع الفقير القابض لها ولا فرق في ذلك بين نائب ونائب

الثانية ان يكون وكيلاً بالبيع فيوكل الوكيل غيره ويقدر له الثمن فان بيع الوكيل الثاني يجوز ولا يتوقف على اجازته لان رأي الوكيل الاول يحتاج اليه الموكل لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل بخلاف ما اذا قدر الموكل الثمن للوكيل الاول فان الوكيل الثاني لو باع بغيبة الوكيل الاول يعني موكله لا يجوز وان كان بالثمن الذي قدره الموكل الاول ، ما لم يجزه الوكيل الاول في عامة الروايات كما في الخانية وهو الأصح كما في منية المفتي . والفرق ان الموكل اذا فوض مع تقدير الثمن كان غرضه رأي وكيله في الزيادة على ما قدره وفي اختيار المشتري الذي لا يماطل بتسليم الثمن — اما اذا لم يقدر الثمن كان غرضه رأي الوكيل في معظم الأمر اي امر عقد البيع وهو التقدير في الثمن هذا ما صرح به في الهداية وشروحها . وذكر الرملي ان الخلاف الجاري فيما اذا قدر الموكل الثمن لوكيله هو بعينه جار فيما اذا قدر الوكيل لوكيله وان تصحيح المنية عدم الجواز وقول الخانية انه لا يجوز في عامة الروايات ، تضعيف لما في الهداية ووجهوا ذلك بان تقدير الوكيل الثمن لوكيله ، يمنع النقصان ، لا الزيادة ، ولا اختيار المشتري اه ملخصاً ونقله العلامة بن عابدين في حاشيته على البحر ثم نظر فيه ، بان وجود الخلاف فيما اذا قدر الموكل لوكيله لا يلزم منه وجود الخلاف ايضاً فيما اذا قدر الوكيل لوكيله الا بنقل صريح اه ملخصاً

قلت وفيه نظر فان الرملي نقل عن الكفاية انه قال عند قول صاحب الهداية ولو قدر الاول يعني الوكيل الاول للثاني فعقد بغيبته يجوز ما نصه : اطلق الجواز وهو رواية كتاب الرهن وقد اختارها لان الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن ظاهراً وقد حصل وفي كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد اه ونقل مثله في حاشية الشلبي عن الكافي وهذا نقل صريح في ان الخلاف جار ايضاً في صورة تقدير

الوكيل الاول لوكيله فليتأمل

هذا وقد كتب في تكملة رد المحتار في هذه المسئلة عند قول صاحب التنوير الا عند تقدير الثمن الخ كلاماً غير مستقيم ونقل بعضه الشارح اللبناني في شرح هذه المادة فليتنبه له

الثالثة ان يكون الوكيل وكيلاً في قبض الدين فانه اذا وكل من عياله يصح ويبرأ المديون بالدفع اليه اما توكيله لمن لم يكن في عياله لا يصح فلو قبض الوكيل الثاني وهلك في يده كان للموكل الاول الرجوع بدينه على المديون كما في الدر وحواشيه اي وللمديون الرجوع على الوكيل الاول بحر وتمامه في الذخيرة اه

وفيما عدا هذه الثلاثة لا يصح توكيل الوكيل بغير اذن او تفويض لان الموكل انما فوض اليه التصرف دون التوكيل به وكذا الوكيل الثاني ليس له توكيل ثالث بدون اذن الوكيل الاول وان فوضه الاول ففي البحر عن البزازية قيل للوكيل اصنع ما شئت له التوكيل ولو قال الوكيل الاول ذلك لوكيله لا يملك الثاني توكيل ثالث ولو قال السلطان للقاضي استخلف من شئت فاستخلف اخر صح — وكذا من استخلفه القاضي لو قال لاخر استخلف من شئت فاستخلف صح ثم وثم اه

قال في البحر والمراد انه لا يوكل فيما وكل فيه فيخرج التوكيل بحقوق العقد فيما ترجع فيه الحقوق الى الوكيل فله التوكيل بلا اذن لكونه اصيلاً فيها ولذا لا يملك الموكل نهيه عنها وصح توكيل الموكل فيها كما قدمناه اه.

قال اللبناني يشكل على هذا ما في الخانية الوكيل بالبيع اذا باع ووكل غيره بقبض الثمن فقبض وهلك الثمن عند القابض قال ابو حنيفة الضمان على الوكيل بالبيع لا على القابض فعنده القابض بمنزلة مودع المودع اه . وفيها: رجل وكل رجلاً بان يشتري له ثوباً سماه فاشترى الوكيل وغاب وامر رجلاً اجنبياً بقبض الثوب من البائع فقبض الاجنبي وهلك الثوب عنده ، قال محمد يضمن الوكيل لانه اودعه عند القابض اه ووجه الاشكال ان قبض الثمن من حقوق العقد الراجعة للوكيل — وكذا قبض الثوب الذي اشتراه لموكله فكان ينبغي ان لا يضمن بتوكيله آخر بالقبض لانه وكل بحق يعود اليه اه

قلت لا اشكال في المسئلة فان الوكيل انما ضمن لكونه سلم وديعة في يده

لاجنبي بلا اذن مالكها الا ترى كيف قيد في الخانية المأمور بكونه اجنبياً . وكون القبض من حقوقه لا يستلزم عدم ضمان وديعة سلمها لاجنبي وقد علمت آنفاً ان الوكيل بقبض الدين اذا وكل اجنبياً فقبضه وهلك يكون مضموناً عليه لا اذا وكل من في عياله فافهم .

﴿ تنبيه ﴾

المراد من عدم صحة توكيل الوكيل بدون اذن وتفويض عدم النفاذ — حتى لو وكل الوكيل بدونهما فاجاز الموكل نفذ فيكون فضولياً بالتوكيل يعلم هذا من قولهم كل ما صح التوكيل به اذا باشره الفضولي يتوقف . افاده في التكملة عن الاشباه والرملي كما ان المراد من عدم صحة عقد الوكيل الثاني عدم نفاده — حتى لو وكل الوكيل غيره بدونهما فعقد الثاني فاجازه الوكيل الاول صح وتتعلق حقوقه بالعاقد على الصحيح . ولا بد لنفاذه من اجازة الوكيل الاول او موكله وان كان الوكيل الاول حاضراً وقت عقد الثاني لان توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثاني فضولياً وعقد الفضولي لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز ، وقيل اذا عقد الثاني بحضرة الاول يجوز من غير اجازة منه لان المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد باذنه والمعتمد الاول واليه ذهب عامة مشايخنا كما في حاشية الشلبي وغيرها .

ولا تنس ما قدمناه من ان الوكيل الاول لو بين ثمن ما وكل ببيعه للوكيل الثاني يجوز عقد الوكيل الثاني بلا توقف على اجازة الاول . والمراد بالعقد الذي يتوقف على اجازة الاول ، ما عدا الشراء فان هذا لا يتوقف بل ينفذ على العاقد حيث وجد نفاذ كما تقدم وذكره في البحر وفيه : التقييد بالعقد للاحتراز عن الوكيل بالطلاق والعتاق اذا وكل غيره وطلق الثاني بحضرة الوكيل الاول وكذا اذا طلق الاجنبي فاجاز الاول فانه لا يقع ، لان الموكل علقه بلفظ الاول دون الثاني وهو يتعلق بالشرط — بخلاف البيع ونحوه . ويزاد الابراء عن الدين لما في القنية وكله بان يبرئ غريمه عن الدين فوكل الوكيل فابرأه بحضرة الاول لم يصح اهـ وتزاد ايضاً الخصومة وقضاء الدين فلا تكفي الحضرة كما في شرح المجمع ويخالفه في الخصومة ، ما في الخانية : وان خاصم الوكيل الثاني والموكل حاضر جاز لان الاول

اذا كان حاضراً صار كأن الاول خاصم بنفسه كالوكيل بالبيع اه ما في البحر
ثم ان التفويض الى رأي الوكيل كاعمل برأيك كالاذن له في التوكيل الا في طلاق وعتاق لانها مما يحلف به فلا يقوم غيره مقامه كما في التنوير وشرحه الدر عن القنية

المادة ١٤٦٧ — ❊ اذا اشترطت الاجرة في الوكالة واوفاها الوكيل يستحقها وان لم تشترط ولم يكن الوكيل ممن يخدم بالاجرة يكون متبرعاً وليس له مطالبته باجرة ❊

الضمير في قوله واوفاها عايد الى الوكالة بمعنى الموكل فيه يعني واوفى الوكيل العمل الذي وكل فيه والضمير البارز في قوله يستحقها عايد الى الاجرة اعم من ان تكون هي المسمى او اجرة المثل لان استئجار الوكيل ان كان صحيحاً بأن كان المعقود عليه العمل وقد بين بياناً يمنع النزاع او منفعة الوكيل وقد بينت فيه المدة يجب المسمى وان لم تكن صحيحة لفقد ما ذكرنا وجب اجر المثل لا يزاد على المسمى ان كان الاجر مسمّى و بالغاً ما بلغ ان لم يكن مسمّى وانما يجب للوكيل اجر على عمله ان شرط له ذلك صريحاً او بدلالة العرف والعادة بان كان الوكيل ممن جرت عادته ان يعمل بأجرة كالدلال والسمسار وكتجار زماننا فان العرف والعادة قد جرت بان احدهم يعمل لغيره باجرة يسمونها معلوماً وكوكلاء الدعاوي فانهم كذلك فان مثل هذا يستحق اجرة مثل عمله على ما بينا وان لم يشترط له ذلك صريحاً لان المعروف كالمشروط وقد تقدم هذا في المادة ٥٦٣ وقد اجاب في تنقيح الحامدية عن اهل قرية وكلوا زيداً ليتعاطى امورهم ويباشر اعمالهم في القرية وجعلوا له على ذلك مبلغاً معلوماً من الدراهم وتعاطي زيد ذلك بانه يجب له اجرة مثله وعمن وكل زيداً في تقاضي دينه الذي بذمة فلان وشرط له على ذلك اجراً معلوماً في مدة معلومة وتقاضاه زيد بقوله حيث شرط له ذلك ووقت له وقتاً وباشر ذلك يستحق ما ذكر كما صرح بذلك في الاشباه من كتاب الامانات وفي البزازية: وكله بقبض وديعته وجعل

اه الاجر صح وان وكله بقبض دينه وجعل له الاجر لا يصح الا اذا وقت مدة معلومة وكذا الوكيل بالتقاضي ان وقت جاز اه . ومثله في الخانية معللاً بان قبض الوديعة والاتيان بها عمل معلوم لا يطول فصح التوكيل به بدون بيان مدة — بخلاف الخصومة والتقاضي لان هذا يقصر ويطول فان وقت جاز والاً فلا اه .

- الفصل الثاني -

﴿ في بيان الوكالة بالشراء ﴾

المادة ١٤٦٨ = ﴿ يلزم ان يكون الموكل به معلوماً بمرتبة يكون ابفاء الوكالة قابلاً على حكم الفقرة الاخيرة من المادة ١٤٥٩ وهو ان يبين الموكل جنس الشيء الذي يريد شرائه وان لم يكن بيان جنسه كافياً بأن كانت له انواع متفاوتة يلزم ان يبين نوعه او ثمنه وان لم يبين جنس الشيء او بين ولكن كانت له انواع متفاوتة ولم يعين النوع او ثمنه لا تصح الوكالة الا ان يكون قد توكل بوكالة عامة مثلاً لو وكل احد غيره بقوله اشتر لي فرساً تصح الوكالة واذا اراد احد ان يوكل غيره ليشتري له قماش ثياب يلزم ان يبين جنسه يعني قماش حرير او قماش قطن مع بيان نوعه بقوله هندي او شامي او ثمنه بقوله ان تكون طاقته بكذا دراهم وان لم يبين جنسه بان قال اشتر لي دابة او ثياباً او قال ثياب حرير ولم يبين نوعه او ثمنه فلا تصح الوكالة ولكن لو قال اشتر لي قماش ثياب او حرير من اي جنس

ونوع كان فهو مفوض الى رأيك تكون الوكالة عامة وللوكيل ان يشتري من اي نوع وجنس شاء *

الاصل ان الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والافلا والجهالة ثلاثة انواع: جهالة فاحشة ، وهي الجهالة في الجنس فتمتنع صحة الوكالة سواء بين الثمن اولم يبين كما لو وكله بشراء ثوب او دابة او نحو ذلك .

والثانية جهالة يسيرة ، وهي ما كانت في النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس او حمار او ثوب هروي او مروي ونحو ذلك فانه تجوز الوكالة وان لم يبين الثمن لان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتي لو ان عامياً وكل رجلاً بشراء فرس فاشترى فرساً يصلح للملوك لا يلزمه .

والثالثة ، جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشراء عبد او جارية او دار . ان بين الثمن او النوع جازت الوكالة وان لم يبين واحداً منهما لم تجز لانه ببيان الثمن يعلم من اي نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهي لا تمنع صحة الوكالة زيلعي . ثم قال وهذا الذي ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم والا بان قال ابتع لي ما رأيت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رايه فاي شيء اشتراه له يكون ممتثلاً — وكذا لو قال اشتر لي بالف ثياباً او دواب او اشياء او ماشئت او مارأيت او ادنى شيء حضرك او مايوجد او ما يتفق ، جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه — وكذا لو قال اشتر لي بالف او بع جازت الوكالة ويصير مستقرضاً للالف منه ويصير البائع قابضاً للآمر اولاً بحكم القرض ثم يصير قابضاً لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لان لفظ البضاعة يدل على العموم — وكذا لو قال اشتر لي به ولم يزد فانه يصح استحساناً لانه تفويض عام فكأنه قال اشتر لي مابدا لك او قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال اذنت لك ان تشتري به لما بيّنا اه وكون الدار من النوع الثالث اي بين جهالتي

الجنس والنوع له هو المذكور في الكنز والملتقى تبعاً للمبسوط وجعلها في الهداية من النوع الاول اي من جهالة الجنس فلا يجوز التوكيل بشرائها ولو بين الثمن لانها تختلف اختلافاً فاحشاً باختلاف الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فتعذر الامتثال وان سمى ثمن الدار ووصف جنسها والثوب جاز معناه نوعه اه يعني بين النوع وفي حاشية الشلبي عن قاضي خان والدار ملحقة بالجنس من وجه لانها مختلفة لقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن الحقت بجهالة النوع وان لم يبين الثمن الحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا في ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلافها وبما سمى من الثمن توجد الدار في كل محلة اه

وحمل في البحر ما في الكنز على ما اذا كانت في ديار لا تختلف اختلافاً فاحشاً كما هو مذهب المتقدمين وما في الهداية على ما اذا كان اختلافها فاحشاً كما هو مذهب المتأخرين افاده في مجمع الانهر وعليه مشت المجلة كما يأتي في المادة ١٤٧٥ وفي حاشية ابو السعود على مسكين: لو وكله بشراء ثياب صح وبشراء اثواب لا يصح لان ثياباً يراد به الجنس مفوضاً الى الوكيل لدلالته على العموم لكونه جمع كثرة بخلاف اثواب خلافاً لما في البحر لانه عكس الحكم وعلى هذا فعلى المترجم ان يقول بدلا عن قوله بأن قال اشتر لي دابة او ثياباً اشتر لي دابة او اثواباً لما عرفت من الفرق بين الثياب والاثواب وهي الاقرب لعبارتها التركية

المادة ١٤٦٩ -- ﴿ يختلف الجنس باختلاف الأصل او المقصد او الصنعة ايضاً مثلاً خام القطن وخام الكتان مختلفا الجنس لاختلاف اصلها وصوف الشاة وجلدها مختلفا الجنس بحسب اختلاف المقصد لان المقصد من الجلد اعمال الجراب ومن الصوف اعمال الخصوصات المغايرة لذلك كنسج الجوخ وما اشبهه وجوخ الافرنج مختلف الجنس مع جوخ الروم بحسب اختلاف الصنعة مع كون كل منهما معمولا من الصوف ﴾

فلو وكله بشراء خام لا يصح التوكيل وان عين الثمن مالم يعين أنه من خام القطن او خام الكتان لاختلافهما جنساً باعتبار اصلهما وكذا لو وكله بشراء جوخ لا يصح مالم يعينه من الجوخ الافرنجي او الرومي لاختلافهما جنساً باعتبار صنعتهما لان الاول ينسج نسجاً والثاني يدلك دلكاً واما صوف الشاة وجلدها فانهما وان كانا مختلفي الجنس باعتبار اختلاف المقصد مع اتحاد اصلهما الا انني لم اقف على لفظ يكون جنساً ينتظمها نظير الخام والجوخ ويظهر لي ان نظير ذلك ما اذا وكله بشراء خشب فانه جنس ينتظم فيه ما كان حطباً لاجل الاحراق، وما نشر الواحاً ليجعل نحو باب، وما قطع ليتخذ جذوعاً لاجل السقف فالظاهر انه لا يجوز التوكيل بشرائه ما لم يعين من اي نوع من الانواع الثلاثة لان هذه الانواع وان كانت متحدة اصلاً وصنعة الا انها مختلفة جنساً باعتبار اختلاف المقصد من كل منها

هذا وقال الزيلعي ان الجنس ما يدخل تحته انواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم شيئاً، نوع باعتبار ما فوقه، جنس باعتبار ما دونه اه وذكر في مجمع الانهر ان المراد بالجنس ما يشمل اصنافاً وبالنوع الصنف لا ما اصطلح عليه اهل المنطق اه فتدبر .

المادة ١٤٧٠ — ✻ اذا خالف الوكيل في الجنس يعني لو قال الموكل اشتر من الجنس الفلاني واشترى من غيره لا يكون نافذاً في حق الموكل وان كانت فائدة الشيء الذي اشتراه ازيد بل يبقى المال الذي اشتراه الوكيل عليه ولا يكون مشترياً للموكل ✻

ولا تعمل فيه اجازته لنفاذ الشراء على الوكيل وعدم توقفه كما في الحامدية ونقل فيها عن التتارخانية وما كان خلافاً من الوكيل في الشراء لزم الشراء للوكيل

ولا يتوقف على اجازة من اشتراه له الا اذا لم يجد نفاذاً على الوكيل كالصبي والعبد المحجور اه

وتقييد كون المخالفة في الجنس للاحتراز عما اذا خالف في الوصف او القدر فان الحكم فيه انه ان كانت المخالفة الى خير ينفذ الشراء على الموكل كما اذا قال له اشتر هذا العبد بألف فاشتراه بأنقص او اشتره بألف نقداً فاشتراه بألف نسيئة بخلاف ما لو قال اشتر هذا بألف درهم فاشتراها بماية دينار قيمتها الف درهم فانه لا ينفذ على الآمر في قولهم في المشهور من الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله تعالى انه يلزم الآمر . وان اشترى بما سوى الدراهم والدنانير لا ينفذ على الموكل اجماعاً وان كانت قيمتها مثل الالف درهم او اقل كما في الهندية عن المحيط والحاوي . وذكر في الدر معزياً للخلاصة والدرر : الوكيل اذا خالف ان خلافاً الى خير في الجنس كبع بالف درهم فباع بالف ومايه نفذ ولو بماية دينار لا ولو خيرا اه فما نقله في التكملة عن المنح معزياً للبزازية امره ان يشتريه بعشرة دنانير فاشتراه بماية درهم قيمتها مثل الدنانير لزم الموكل خلافاً لزفر ومحمد ولو بعرض قيمتها مثل النقد لا يلزم اجماعاً اه ، مبني على غير الرواية المشهورة فتامل

المادة ١٤٧١ — ✵ لو قال الموكل اشتر لي كبشاً واشترى الوكيل نعجة لا يكون الشراء نافذاً في حق الموكل وتكون النعجة للوكيل ✵

وكذا لو وكله بشراء عناق وهو الانثى من ولد المعز فاشترى جدياً وهو الذكر منه كما في الهندية . وفيها عن السراج ولو امره ان يشتري له فرساً او برذوناً وسمى له ثمناً فاشترى له رمكة من الخيل او البراذين ، فان هذا لا يجوز على اهل الامصار ويجوز في البلدان التي يتخذ فيها الحجور والرماك واما البغال فيجوز فيها الذكر والانثى في الامصار وغيرها ما لم يسم انثى فيخالف الى ذكر او ذكراً فيخالف الى انثى اه

الفرس يقع على الانثى والذكر من الخيل والحجر الانثى من الخيل وجمعه حجور والبرذون بالذال الدابة والرمكة الانثى من البراذين والجمع رماك ورمكات وارماك كذا في الصحاح . ومعنى مسئلة الهندية انه لو وكله بشراء فرس او برذون وكان الموكل من اهل الامصار لا تقع الوكالة على الانثى من الفرس او البرذون بل على الذكر فقط منهما الا اذا كان في بلدان يتخذ فيها الاناث من ذلك . واما لو وكله بشراء بغل فتقع الوكالة على الذكر والانثى فيجوز للوكيل شراء ايهما شاء ويلزم الموكل الا اذا قيد بالذكر فخالف الى الانثى او بالعكس . وتوجيه هذا ان التوكيل ينصرف الى ما يليق بحال الموكل كما تقدم وانت تعلم ان هذا يختلف باختلاف العرف والعادة وعادة اهل الامصار في زماننا بخلاف ذلك — لكن لا يخفى ان التمثيل بالبرذون ، مشكل لما علمت انه بمعنى الدابة وقد علمت ان التوكيل بشراء الدابة غير صحيح وان سمى الثمن ما لم يبين النوع لفحش الجهالة فيها لكونها في الجنس — الا ان يحمل على ما اذا فوضه من اي نوع اراد من انواعه . وفيها البقر يقع على الذكر والانثى وكذا البقرة في رواية الجامع وهو الصحيح . والدجاج على الذكر والانثى ، والدجاجة على الانثى ، والبعير على الذكر ، والناقة على الانثى ولا يقع اسم البقر على الجاموس وان كان من جنس البقر اه قلت وفي عرفنا الفرس لا يقع الا على الانثى والبقرة كذلك فتدبر

المادة ١٤٧٢ = ✱ لو قال للوكيل اشتر لي العرصة الفلانية ثم انشيء على العرصة بناء فليس للوكيل ان يشتريها ولكن لو قال اشتر لي الدار الفلانية ثم اضيف اليها حائط او صبغت فللوكيل ان يشتريها بالوكالة على هذا الحال ✱

لان العرصة اسم لكل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء فاذا احدث فيها بناء لم تسم عرصة — واما الدار فهي في العرف اسم لعرصة فيها بناء وقد ذكر

في الباب التاسع من وكالة الهندية ان مما يخرج به الوكيل عن الوكالة تغيير الموكل به حتى لو وكله ببيع هذا البسر او شرائه فصار رطباً او تمراً بطلت الوكالة لتغير الاسم واذا صار بعض البسر رطباً بطلت فيما صار رطباً ولم تبطل فيما بقي بسراً الا اذا كان الذي صار رطباً شيئاً قليلاً كرطابين او ثلاثة فحينئذ تبقى الوكالة في الكل . والرطب اذا صار تمراً ، لم تبطل الوكالة في البيع والشراء استحساناً — بخلاف العنب اذا صار زبيباً والبسر الصغير اذا صار كبيراً فانها لا تبطل في البيع والشراء . وفيها من الباب المذكور عن الحاوي ولو امره ببيع بيض او شرائه فخرج منه فراريج ، او ببيع طلع فصار تمراً ، او ببيع عصير او عنب فصار خلاً او زبيباً او عصيراً او ببيع لبن فصار زبداً او سمناً ، خرج الوكيل من الوكالة . ولو امره بشراء لبن حليب بعينه فحمض ثم اشتراه لم يجز على الموكل . وان لم يسم حليباً جاز لانه يطلق عليه اسم اللبن . ولو امره ببيع لبن حليب فحمض ثم باعه ، جاز لان المحل الذي وكله ببيعه لم يستهلك اذ المقصود من البيع تحصيل الثمن . ولو امره بشراء سويق بعينه فلُتّ بسمن او زيت او حلي بعسل او سكر لم يجز على الآمر . والبيع يجوز . ولو أمره بشراء سمسم بعينه فربي بعد ذلك بنفسج لم يجز الشراء على الآمر والبيع يجوز ولو امره بشراء ثوب ابيض بعينه فصبغ لم يجز الشراء على الآمر والبيع يجوز وكذا اذا لم ينسبه الى البياض في الامر ولكن اشار اليه يجوز البيع ولا يجوز الشراء . ولو امره بشراء سمك بعينه طري فاتخذ مالحاً ثم اشتراه ، لم يجز على الامر في الشراء ويجوز هذا في البيع اه ملخصاً وذكر في الفصل الخامس عشر من التتارخانية ولو امره بشراء دار وهي ارض بيضاء فبنيت فاشتراها ، لم يجز على الآمر . ولو كانت مبنية فزاد فيها حائطاً او جصصها او طينها ، فهو جائز على الآمر وكذلك الوكالة بالبيع في هذه الدار وفي نوادر ابرهيم عن محمد رحمه الله تعالى : اذا امر رجلاً ان يشتري له ارضاً بيضاء فبنى فيها صاحبها ثم اشترى المامور قال البناء للوكيل والارض للآمر بحصتها . ولو قال اشتر لي هذه الارض البيضاء او هذه القراح او قال بعه . ثم غرس نخلا او اتخذ بستاناً فزيد فيه ، فالبيع والشراء في هذا جايز على الآمر اه

اقول يظهر لي ان قوله في هذا الخ الاشارة فيه الى المذكور من الارض البيضاء

او القراح ليوافق ما قبله فان هذا وما قبله موضوعهما في التوكيل بشراء ارض معينة كما لا يخفى على المتدبر تامل · وفي الباب الثاني من وكالة الهندية معزيًا لمحيط السرخسي : ولو وكله بشراء دار فاشترى داراً لا بناء فيها ، جاز لان الدار اسم للعرصة · هذا اذا اشترى صحراء كانت مبنية في الأصل ثم خربت · فاما اذا لم تكن مبنية في الاصل فانه يلزم الوكيل لان ما اشترى لا يسمى داراً وفي عرفنا لا يلزم الآمر الوجهين لان في عرفنا لا تسمى الصحراء داراً اه

المادة ١٤٧٣ — ✻ لو قال الموكل اشتر لي لبنا ولم يصرح بكونه اي لبن يحمل على اللبن المعروف في البلدة ✻

من لبن البقر والغنم وكذلك السمن وان تساويا فهو محمول عليهما هندية عن الحاوي وفيها : ولو وكله ان يشتري له لحماً فاشترى مشويًا او مطبوخاً لم يجز على الامر الا اذا كان مسافراً نزل خاناً · والتوكيل بشراء البيض ينصرف الى بيض الدجاج خاصة ولو وكله بشراء دهن ، فهو على كل دهن يباع في السوق وكذا اذا قال فاكهة فهو على كل فاكهة تباع في السوق · ولو دفع الى رجل دراهم وامره ان يشتري بها طعاماً ذكر في الكتاب ان التوكيل ينصرف الى الحنطة ودقيقها قال الشيخ الامام الاجل المعروف بخواهر زاده : ان كانت الدراهم كثيرة بحيث يشتري بها الحنطة لا غير لا ينصرف الى الدقيق والخبز وان كانت قليلة بحيث لا يشتري بها الدقيق والحنطة فهو على الخبز لا غير ، وان كانت بين القليل والكثير ، فهو على الحنطة والدقيق ولا ينصرف الى الخبز قالوا هذا في عرفهم اما في عرفنا فاسم الطعام ينصرف الى المطبوخ كاللحم المطبوخ والمشوي وما يوءكل مع الخبز او وحده قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى اه

المادة ١٤٧٤ = ✻ لو قال الموكل اشتر ارزاً فللوكيل ان

يشتري من الارز الذي يباع في السوق اي نوع كان ✻

وان لم يبين الموكل الثمن لان الجهالة في النوع المحض لا تمنع صحة التوكيل لانها لاتخل بالمقصود حيث يصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل كما تقدم في شرح المادة ١٤٦٨ . اما لو قيد الموكل النوع بوصف ككون الارز مصريا او جنوبيا او انكليزيا فان التوكيل يتقيد بذلك الوصف حتى لو خالف الوكيل نفذ الشراء عليه لا على موكله

المادة ١٤٧٥ — ✻ لو وكل احد آخر على ان يشتري له داراً يلزم ان يبين ثمنها والمحلة التي هي فيها وان لم يبين فلا تصح الوكالة ✻

هذا ما ذهب اليه المتاخرون ومشى عليه في الهداية حيث جعل الجهالة في الدار من جهالة الجنس لفحشها فلا يجوز التوكيل بها وان بين الثمن ما لم يبين المحلة ايضاً لانها تختلف باختلافها وما سماه من الثمن ، توجد الدار به في كل محلة وقدمنا هذا في شرح المادة ١٤٦٨

المادة ١٤٧٦ — ✻ لو وكل احد آخر على ان يشتري لؤلؤة او ياقوتة حمراء يلزم ان يبين مقدار ثمنها والا فلا تصح الوكالة ✻

حتى لو اشتراها الوكيل يقع الشراء له لا للموكل كما في الهندية . وهذا لان الجهالة في اللؤلؤة والياقوتة الحمراء من الجهالة المتوسطة فان بين فيها الثمن التحقت بجهالة النوع فصحت الوكالة والا كانت من جهالة الجنس فلا تصح . ويفهم من تقييد الياقوتة بالحمراء هنا وفي الهندية وغيرها ، انه لو اطلق الياقوتة كانت الجهالة في

الجنس فلا يصح التوكيل ، وان بين الثمن ما لم يبين نوعها احمر او اخضر

المادة ١٤٧٧ - ❋ يلزم بيان مقدار ثمن الموكل به في المقدرات مثلاً لو وكل واحد آخر ليشتري له حنطة يلزم ان يبين مقدار كيلها او ثمنها بقوله بكذا دراهم والا فلا تصح الوكالة ❋

يعني انه يشترط لصحة التوكيل بشراء المقدرات بيان الثمن الذي يريد الشراء به او بيان المقدار الذي يريد شراءه منها ، لان جهالة القدر في المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر الا بتسمية الثمن او تسمية المقدار افاده الزيلعي . هذا وقد قيد في البحر صحة التوكيل بشرائها بان يدفع له الدراهم ويقول له اشتر لي بها حنطة حيث قال ولم يقيد المؤلف صحة التوكيل بدفع الدراهم ولا بد منه او بيان مقدار الطعام . والظاهر ان المقصود بيان كمية الدراهم التي يريد الشراء بها لا دفعها بالفعل كما هو صريح هذه المادة وهو الذي يفيده التعليل المار فتدبر .

❋ تتمة ❋

ذكر في التنوير وشرحه الدر ما نصه وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى ضعفه بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم خلافاً لهما والثلاثة . قلنا انه مأمور بارطال مقدرة فينفذ الزايد على الوكيل ولو شرى ما لا يساوي ذلك ، وقع للوكيل اجماعاً كغير موزون اه فقوله ضعفه احترز به عن الزيادة القليلة كعشرة ارطال ونصف فانها لازمة للآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة كما في حاشية رد المحتار عن البحر وقوله ولو شرى ما لا يساوي ذلك اي لا يساوي عشرة ارطال منه درهماً بل اقل لدنائته فان الشراء يقع للوكيل اجماعاً لمخالفة امر الموكل حيث امره بشراء لحم سمين مثلاً فشراه مهزولاً هذا ما صرح به في البحر وغيره . ثم ان المراد بالضعف

ان تكون الزيادة كثيرة وهي ما لا تدخل تحت الوزنين فيشمل ما اذا كانت الزيادة رطلاً فصاعداً في مسئلتنا حتى لو اشترى احد عشر رطلاً بدرهم والمسئلة بحالها وكانت العشرة من ذلك اللحم تساوي درهماً ، نفذ على الموكل عشرة ارطال بما يخصها من الدرهم وهو عشرة اجزاء من احد عشر جزأ منه وهكذا - اما لو كانت الزيادة قليلة وهي ما تدخل بين الوزنين بان كانت اقل من رطل ، ينفذ البيع على الموكل لعدم تحقق حصول الزيادة وقس على هذا ما اذا وكله بشراء عشرة دراهم اواق او عشرة قناطير من كل موزون فان الدرهم وما فوقه والاوقية وما فوقها والقنطار وما فوقه كثير" وما دون ذلك ، قليل لانه يدخل تحت الوزنين

وبهذا تعلم ان تمثيل الشارح اللبناني للزيادة القليلة بان يامره بشراء عشرة ارطال بدرهم فيشتري احد عشر رطلا بدرهم غير صحيح فتنبه . ثم ان كل موزون ومكيل وعددي متقارب ، مثل اللحم فيما ذكر من الحكم كما في التكملة فلم يخرج به الا القيميات فانه لو وكله بشراء ثوب هروي بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوي كل واحد منهما عشرة ، لم يلزم الموكل لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحذر بخلاف اللحم لانه موزون مقدر فيقسم الثمن على اجزائه بحر . وهذا في القيمي اذا لم يكن معينا والا ففي التكملة عن البزازية ولو امره بشراء ثوب بعينه والمسئلة بحالها ، لزمه ذلك الثوب بحصته من عشرة وكذا لو امره بشراء حنطة بعينها اه

المادة ١٤٧٨ - ✵ لا يلزم بيان وصف الموكل به بشرائه يعني لا يلزم بيانه بقوله اعلى او ادنى او وسط لكن يلزم ان يكون وصف الموكل به موافقاً لحال الموكل مثلاً لو وكل المكاري احداً بشراء دابة له فليس للوكيل ان يشتري بعشرين الف غرش نجدياً وان اشترى لا يكون نافذاً في حق الموكل يعني لا يكون ذلك الفرس مشترى للموكل وانما يبقى على الوكيل ✵

وكذا لو وكل القاضي رجلاً بشراء حمار له فانه ينصرف الى ما يركبه مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب او الاذنين يقع الشراء للوكيل كما في الهندية والخانية وهذا لانه بعد اعلام الجنس لم يبق الا الجهالة في الصفة وهي متحملة في الوكالة لان التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع من الامتثال — لكن تنصرف الوكالة الى ما يليق بحال الموكل ولانا لو شرطنا الاستقصاء في الصفة والبيان في النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الأمر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع زيلعي مختصراً مع زيادة من حاشيته الشلبي

المادة ١٤٧٩ — ✵ اذا قيدت الوكالة بقيد فليس للوكيل مخالفته فان خالف لا يكون شراؤه نافذاً على الموكل ويبقى المال الذي اشترى عليه ولكن اذا خالف بصورة فائدتها ازيد في حق الموكل فلا تعد مخالفة معنى مثلاً لو قال احد اشتر لي الدار الفلانية بعشرة الاف واشتراها الوكيل بازيد فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل وتبقى الدار عليه واما اذا اشتراها بانقص يكون قد اشتراها للموكل كذلك لو قال اشتر نسيئة واشترى الوكيل نقداً يبقى المال على الوكيل واما لو قال الموكل اشتر نقداً واشترى الوكيل نسيئة فيكون قد اشتراه للموكل ✵

انما يقع الشراء للموكل فيما اذا خالف الى خير اذا كانت المخالفة في مجرد الوصف او القدر كما يشير الى ذلك المثالان المذكوران فلو كانت المخالفة في الجنس كما اذا وكله بشراء الدار بألف دينار فشراها بالف درهم يقع الشراء للوكيل في المشهور من الرواية خلافاً لرواية الحسن عن ابي حنيفة ولو اشتراها بما سوى النقدين لا يلزم الموكل اجماعاً وان كان الماتي به انفع من المامور به كما قدمناه عن الهندية

في شرح المادة ١٤٧٠ واليه تشير تلك المادة فلتراجع وفي الخانية : ولو وكله بشراء عبد بالف فاشترى الوكيل عبداً يساوي الفاً على ان الوكيل بالخيار ثلاثة ايام ثم تراجعت قيمة الغلام الى خمسماية فاختار الوكيل العبد كان الغلام للوكيل في قول محمد وكذا في قياس قول ابي حنيفة اهـ

المادة ١٤٨٠ = ✻ اذا اشترى احد نصف الشيء الذي وكل باشترائه فان كان تبعيض ذلك الشيء مضراً لا يكون نافذاً في حق الموكل والاً ينفذ مثلاً لو قال اشتر لي طاقة قماش واشترى الوكيل نصفها فلا يكون شراؤه نافذاً في حق الموكل ويبقى ذلك على الوكيل اما لو قال اشتر ستة اكيال حنطة واشترى ثلاثة فيكون قد اشترى للموكل ✻

عبارة الهندية الوكيل بشراء عبد بعينه اذا اشترى نصفه فالشراء موقوف ان اشتري باقيه قبل الخصومة لزم الموكل عند اصحابنا الثلاثة ولو خاصم الموكل الوكيل الى القاضي قبل ان يشتري الوكيل والزم القاضي الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقي يلزم الوكيل اجماعاً وكذلك هذا في كل ما في تبعيضه ضرر وفي تشقيصه عيب كالعبد والامة والدابة والثوب وما اشبه ذلك . وان وكله بشراء شيء ليس في تبعيضه ضرر ولا في تشقيصه عيب فاشترى نصفه لزم الموكل ولا يتوقف لزومه على شراء الباقي نحو ان وكله بشراء كر حنطة بماية درهم فاشترى نصف الكر بخمسين وكذا لو وكله بشراء عبدين بالف درهم فاشترى احدهما بخمسماية لزم الموكل اجماعاً وكذا لو وكله بشراء جماعة من العبيد فاشترى واحداً منها كذا في البدائع . ولو وكله ان يشتري له عبدين باعيانهما بالف فاشترى احدهما بستماية لم يجز على الآمر اذا اشتراه باكثر من حصته من الالف وان كان اشتراه بحصته منه او باقل جاز — وكذا اذا اشترى الباقي بالباقي جاز الكل على الآمر كذا في الحاوي اهـ . وفي الخانية رجل وكل رجلاً بان يشتري له داراً بعينها فاشترى نصفها ثم اشترى الموكل النصف الباقي لا يلزم الآمر

النصف الذي اشتراه الوكيل . ولو كان الموكل اشترى نصف الدار اولاً ثم اشترى الوكيل النصف الباقي جاز لان في الوجه الاول تصرف الوكيل وقع للوكيل بحكم الخلاف فلا يصير بعد ذلك للموكل الا بتمليك جديد . اما في الوجه الثاني تصرف الوكيل لم يقع تشقيصاً بل وقع تتميما فلا يعد خلافاً فان استحق النصف الذي اشتراه الموكل اولاً ، كان له ان يرد الباقي لان شراء الوكيل كشراء الموكل . ولو اشترى الموكل كل الدار ثم استحق نصفها كان له ان يرد الباقي . رجل امر رجلاً ان يشتري له داراً بالالف فاشترى نصف دار ورثها الموكل مع اخيه جاز لانه اذا كان النصف للموكل لا يتضرر هو بشراء النصف الباقي بل يزول عيب الشركة . ولو امر رجلاً بان يشتري له نصف دار غير مقسومة بالالف فاشترى وقاسم الوكيل البائع جاز شراؤه وبطلت قسمته . وان كان ذلك فيما يكال او يوزن ، يجوز الشراء والقسمة لان القسمة فيما يكال ويوزن ، افراز محض فكانت القسمة تتميما للقبض وفيما لا يكال ولا يوزن مبادلة فلا يجوز اه . وفي الهداية : ومن امر رجلاً ان يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم لهما ثمناً فاشترى له احدهما جاز لان التوكيل مطلق عن قيد شرائهما متفرقين او مجتمعين وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهو لا يتحمل الغبن الفاحش بالاتفاق وهذا كله بالاجماع . ولو امره بان يشتريهما بالالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمراً بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ثم الشراء بها ، موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما استحساناً لان شراء الاول قائم لم يتغير حاله بالخصومة وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما ثبت الانقسام بالسوية الا دلالة والصريح يفوقها يعني اذا جاء الصريح وامكن العمل به بطلت الدلالة : وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف بما يتغابن فيه ، وقد بقي من الالف ما يشترى بمثله الباقي ، جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا

ولكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشتري بمثلها الباقي ليمكن تحصيل غرض الآمر اه بزيادة قليلة من العناية

المادة ١٤٨١ — ✱ اذا قال الموكل اشتر لي جوخ جبة ولم يكن الجوخ الذي اشتراه الوكيل كافياً للجبة فلا يكون شراؤه نافذاً ويبقى الجوخ عليه ✱

لانه خالف تقييد الموكل وفي الهندية ولو وكله ان يشتري له دابة يركبها فاشترى مهراً او عمياء او مقطوعة اليد لم يلزم الآمر . ولو وكله ان يشتري له ثوباً يهودياً بقطعه قميصاً فاشترى ثوباً لا يكفيه قميصاً لا يلزم الآمر اه . ومثله في الانقروية عن العتابية بزيادة قوله الا ان يكون يسيراً اه . والظاهر ان اسم يكون المضمر يعود الى النقص المفهوم من قوله لا يكفيه تامل . وفي الهندية ايضاً ولو وكله ان يشتري ويشترط الخيار للموكل فاشترى بغير خيار لزم الوكيل اه

المادة ١٤٨٢ — ✱ كما يصح لاحد اشتراء الذي وكل به من دون بيان قيمة بقيمة مثله كذلك يصح له ان يشتريه بغبن يسير ولكن لا يعفى الغبن اليسير في الاشياء التي سعرها معين كاللحم والخبز واما اذا اشترى بغبن فاحش فلا ينفذ شراؤه على كل حال ويبقى المال على ذمته ✱

اعلم ان الوكيل بالبيع المطلق يصح بيعه ولو باقل من قيمته بغبن فاحش وبالعرض وبالنسيئة عند الامام رحمه الله تعالى لان التوكيل مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة . وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه

ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف . والمتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود . ومتون المذاهب على قول الامام وعليه المجلة كما سيأتي في المادة (١٤٩٤)

اما الوكيل بالشراء المطلق فقد اتفقت الائمة الثلاثة انه لا يجوز له الشراء الا بمثل القيمة او مع غبن يسير — اما مع الغبن الفاحش ، فلا ينفذ على الموكل — اما عندهما فلما ذكرنا من ان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف . والمتعارف الشراء بمثل القيمة لا مع الغبن الفاحش — واما عنده فلتحقق التهمة في الوكيل بالشراء اذ يحتمل انه كان اشتراه لنفسه ثم لغلاء ثمنه حوله للموكل وهذه التهمة لا توجد في الوكيل بالبيع .

قال في مجمع الانهر اطلقه يعني الوكيل بالشراء فشمل ما اذا كان وكيلاً بشراء شيء بعينه فلا يملك الشراء بغبن فاحش ، وان كان لا يملك الشراء لنفسه لانه بالمخالفة يكون مشترياً لنفسه فكانت التهمة باقية كما في التبيين — لكن في الهداية خلافه فانه قال حتى لو كان وكيلاً بشراء شيء بعينه قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شرائه لنفسه . وفي العناية ان ما في الهداية قول عامة المشايخ وبعضهم قال لا ينفذ على الآمر تتبع اه قلت وقد قالوا انه اذا اختلف المشايخ في مسئلة يؤخذ بقول الاكثر يعني عامتهم وبهذا تعلم ان الشارح اللبناني قد اختصر عبارة مجمع الانهر اختصاراً مخلاً

قيد بكون الموكل لم يبين ثمناً لانه لو بينه ، فليس للوكيل ان يشتري باكثر منه ، ولو كانت الزيادة فلساً ولو فعل يقع الشراء له لا للموكل ومثلهما لو كان سعره معلوماً عند الناس كالخبز واللحم والجبن وما اشبهها ، لانه لما كان سعره معلوماً عند الناس صار بمنزلة المعين من الموكل فلا يعفى فيه عن الزيادة وان قلت افاده في الدر وحواشيه وقال في البحر قيد بالوكيل بالشراء لان الوكيل بالنكاح اذا زوج الموكل باكثر من مهر مثلها ، فانه يجوز لعدم التهمة اه وفيه ولا يتقيد الموكل فيه الا بما قيد به الموكل فلو وكله بشراء جارية فاشترى له اخته رضاعاً او من حلف بعتقها ان ملكها او امه او اخته ان قال جارية لاطأها فعلى المامور وان كان اطلق فعلى الآمر اه وتمامه فيه

المادة ١٤٨٣ - ✻ الاشتراء على الاطلاق يصرف الى الشراء بالنقود وبهذه الصورة الوكيل بشراء شيء اذا بادل عليه بشيء آخر لا ينفذ في حق الموكل ويبقى على ذمة الوكيل ✻

لان المتعارف الشراء بالنقود وقد تقدم ان الشراء المطلق كالبيع المطلق ينصرف الى المتعارف ولان الشراء بغير النقدين مقايضة والمقايضة شراء من وجه وبيع من وجه والموكل وكله بالشراء لا بالبيع كما في الهداية وشروحها والزيلعي . ثم ان اطلاق هذه المادة يقتضي انه لا فرق في كون الشراء لا ينفذ في حق الموكل ويبقى على ذمة الوكيل ، بين ان يكون ما اشترى به الوكيل معيناً مملوكاً للموكل او معيناً مملوكاً للوكيل كما اذا اشترى بعرض او مكيل او موزون معين هو مملوك لواحد منهما او يكون غير معين ، كما اذا اشترى بمكيل او موزون في الذمة . والذي يظهر ان قوله في هذه المادة ويبقى على ذمة الوكيل ، مقيد بما اذا اشترى بمعين مملوك له او بمكيل او موزون في ذمته . اما اذا اشترى بمعين مملوك للموكل يتوقف على اجازته فان لم يجز انتقض الشراء ولا يبقى على ذمة الوكيل لان الشراء انما ينفذ عليه عند المخالفة اذا وجد نفاذاً وكيف يمكن نفاذه عليه والبدل ملك غيره هذا ما ظهر لي ولم ار من اعطى هذه المسئلة حقها من التوضيح ولعل ذلك لظهورها فلتراجع . وفي الهندية واذا وكله بشراء عبد بعينه او شراء جارية بعينها فاشتراه بمكيل او موزون بعينه او اشتراه بعرض ، لا يجوز بلا خلاف بين علمائنا . ولو اشترى بمكيل او موزون بغير عينه لم يذكر هذا الفصل في الاصل وقد اختلف المشايخ فيه كذا في المحيط اه وفيها عنه : وان كان الآمر امره ان يشتري له هذا العبد بعينه ولم يسم له الثمن ان اشتراه المأمور باحد النقدين ، يصير مشترياً للآمر، وان كان نوى الشراء لنفسه او صرح به . وان اشتراه بشيء آخر غير الدراهم والدنانير يصير مشترياً لنفسه عند علمائنا اه ثم رأيت في الانقروية عن القاعدية : وكَّلَ رجلاً بشراء شيء بعينه ولم يبين الثمن فاشتراه بغير الاثمان من

المكيل والعروض لنفسه هل يكون للوكيل اجاب نعم لان المطلق يتصرف الى الاثمان فيكون هذا خلافاً وفيها الشراء بعرض الغير مقايضة ، بيع من وجه وشراء من وجه فمن حيث ان شراء ، ينفذ على العاقد ويكون اجازة صاحب العرض ، اعارة للعرض منه وعليه قيمته ومن حيث انه بيع ، يتوقف على اجازة المالك والاصل هو النفاذ فنفذ اه فتدبره

المادة ١٤٨٤ — اذا وكل احد آخر بشراء شيء لازم لموسم معين تصرف الوكالة لذلك الموسم مثلاً لو وكل احد آخر في موسم الربيع باشتراء جبة شالية يكون قد وكله بشراء جبة على ان يستعملها في الصيف فاذا اشتراها الوكيل بعد مرور موسم الصيف او في ربيع السنة الآتية لا ينفذ شراؤه في حق الموكل وتبقى الجبة له

وكذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم بايام البرد وبشراء الجمد بسكون الميم وهو ما جمد من الماء بشدة البرد ، بايام الصيف وبالاضحية بايام النحر او قبلها كل ذلك من تلك السنة — حتى لو اشترى ذلك في السنة الثانية لم يلزم الآمر وهذا لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها عناية . وذكر في الكفاية ان هذا مروي عن ابي يوسف — واما عند ابي حنيفة فهي على اطلاقها لا تتقيد بزمان الحاجة ثم انما تتقيد على قول ابي يوسف بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل ممن يعتاد تربص الفحم كالحدادين او تربص الجمد كالفقاعين ، لا يتقيد التوكيل — وكذا التوكيل بشراء الاضحية يتقيد بايام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه عن عهدة الوجوب الذي يلحقه في ايام تلك السنة اه وفي الخانية دفع الى رجل عشرة دراهم وامره بان يشتري له بها حنطة

يزرعها ودفع اليه دراهم ليزرع الحنطة فاشترى المأمور الحنطة فزرعها في وقت لا يخرج الزرع قالوا ان كان اشتراها الوكيل في اوان الزراعة فزرعها في غير اوانها يجوز الشراء على الآمر وعلى المأمور مثل تلك الحنطة لانه صار مستهلكاً بالقائها في الارض بغير اوان الزرع ، وان كان المأمور اشترى الحنطة في غيراوان الزراعة كان المأمور مشترياً لنفسه فيضمن دراهم الآمر لان الأمر بالشراء للزراعة يتقيد باوان الزراعة كالأمر بشراء الجمد والفحم اه

المادة ١٤٨٥ — ✱ ليس للوكيل ان يشتري لنفسه الشيء الذي وكل باشترائه ولو قال عند اشترائه اشتريت هذا لنفسي لا يكون له ويكون للموكل الا ان يكون اشتراه بثمن ازيد من الثمن الذي عينه الموكل او بغبن فاحش ان لم يكن الموكل قد عين الثمن فحينئذٍ يكون ذلك المال للوكيل وايضاً لو قال الوكيل اشتريت هذا المال لنفسي حال كون الموكل حاضراً يكون ذلك المال للوكيل ✱

يعني لو وكله بشراء شيء بعينه لا يشتريه لنفسه يعني لا يتصور ان يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوي الشراء لنفسه او تلفظ بذلك، يكون للموكل لان في الشراء لنفسه عزل نفسه من الوكالة وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب — حتى لو كان الموكل حاضراً وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشترى له لان له ان يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له ان يعزل نفسه بغير علمه لان فيه تغريراً له اه زيلعي .

والتقييد في هذه المادة الوكيل بالشراء لانه لو وكله بأن يزوجه امرأة معينة كان له ان ينكحها من نفسه ولو بمثل المهر المامور به . والفرق ان النكاح الموكل به نكاح مضاف الى الموكل والموجود منه ليس بمضاف اليه حيث انكحها من نفسه فإن الانكاح من نفسه هو ان يقول تزوجتك وليس ذلك بمضاف الى

الموكل لا محالة فكانت المخالفة موجودة بخلاف التوكيل بشراء شيء بعينه فان الموكل به شراء مطلق بمثل الثمن المأمور به لا شراء مضاف الى الموكل فاذا اتى بذلك يقع على الموكل عناية مع زيادة من تكملة فتح القدير . ثم ان تقييد الشراء بكونه لنفسه يشير الى انه ليس له ان يشتري به لموكل آخر لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه ، فاولى ان لا يملك الشراء لغيره فلو اشتراه للموكل الثاني كان للاول ، ان لم يقبل وكالة الثاني بحضرة الموكل الاول والا فهو للثاني . وان كان الاول وكله بشرائه بألف درهم والثاني بمائة دينار ، فاشتراه بمائة دينار فهو للثاني لانه يملك شراءه لنفسه بمائة دينار فيملك شراءه لغيره ايضاً بخلاف الفصل الاول بحر عن البزازية قال في تكملة رد المحتار عازياً للمقدسي فلو اضافه الى الثاني ينبغي ان يكون للثاني كما لو قبل وكالة الثاني بحضرة الاول او شراه بما عينه الثاني مخالفاً للاول اه

اقول في هذا البحث نظر ظاهر لان هذا قياس مع الفارق لان قبوله الوكالة بحضرة الموكل ، نظير ما اذا صرح انه يشتري لنفسه بحضرة الموكل وان شرائه بما عينه الثاني مخالفاً للاول ، نظير ما اذا اشترى لنفسه بثمن ازيد مما عينه الموكل او مخالف له في الجنس . واما اضافته الشراء الى الثاني فهو نظير ما اذا اشهد انه يشتريه لنفسه في غيبة الاول تدبر . وفي الخانية امر رجلاً ان يشتري له عبداً بعينه بينه وبين الآمر فقال المأمور نعم ثم ذهب واشتراه واشهد انه يشتريه لنفسه خاصة فالعبد بينهما على الشرط اه . وفي الهندية عن الذخيرة اذا قال الرجل لآخر اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال نعم ثم لقي المامور رجلاً آخر وقال اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور ، فهو بين الآمرين ولا شيء للمأمور . ولو لقيه ثالث قبل الشراء فقال له اشتر عبد فلان بيني وبينك فقال نعم ثم اشتراه المأمور فان كان المأمور قبل الوكالة بمحضر من الاولين فالعبد بين المأمور والثالث نصفان ولا شيء للاولين وان كان قبل الوكالة من الثالث بغير محضر من الاولين ، فالعبد بين الاولين نصفان اه وفيها عن السراج ولو وكله بشراء عبد بعينه بخمسماية فاشتراه مع عبد آخر بالف صفقة واحدة ، كانا جميعاً للوكيل ولم يلزم الموكل منهما احد عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا للموكل ما عينه منهما ان كان حصته من الثمن خمسماية او اقل . هذا اذا سمي الثمن عند التوكيل اما اذا لم

يسمه فيجوز اجماعاً ، اذا كانت حصة المشتري للآمر من الثمن مثل قيمته او اكثر بما يتغابن الناس فيه اه وتمامه فيه

والمراد بالشيء الذي وكله باشترائه ، ان يكون غير الموكل بكسر الكاف وغير الموكَل بفتحها لانه لو وكل العبد رجلاً بان يشتري له نفسه من مولاه او رجل وكل العبد بان يشتري له نفسه من مولاه فاشترى لا يكون الشراء للآمر مالم يصرح به للمولى انه يشتريه فيهما للآمر مع انه وكيل بشراء شيء بعينه كذا في الدر وحواشيه والمنح والبحر . والتوجيه مذكور فيها . ثم ان قوله الا ان يكون اشتراه بثمن ازيد الخ اي ولو كانت الزيادة قليلة ويشير الى انه لو اشتراه باقل يقع الشراء للآمر لانه مخالفة الى خير في القدر

واستفيد من هذا ان المخالفة لا الى خير بالقدر لها حكم المخالفة في الجنس من انها توجب نفاذ الشراء على الوكيل دون الموكل وهو الموافق لما نقله في البحر عن كافي الحاكم — لكن اقتصر في الهداية على ذكر المخالفة في الجنس حيث فرع على المخالفة بقوله فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه بان سمّى دراهم مثلاً فاشترى بدنانير او لم يكن مسمّى فاشترى بغير النقود اه

اقول يمكن ان يقال ان ما في الهداية لا يخالف ما في الكافي لان تخصيص الشيء بالذكر لا ينفي الحكم عما عداه تامل . وذكر في الهداية وغيرها ان من المخالفة ما اذا وكل الوكيل بالشراء وكيلاً بشرائه فاشترى الثاني في غيبة الاول فانه يقع الشراء للوكيل الاول لا لموكله لانه اي الوكيل الاول خالف امر الموكل لانه مامور بان يحضر رأيه ولم يتحقق ذلك حال غيبته نعم لو اشترى الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول وقع الشراء للموكل الاول لانه حضر رأيه فلم يكن مخالفاً وهذا لانه اذا كان حاضراً بصير كانه هو المباشر للعقد اه بتصرف وزيادة من فتح القدير قال في الكفاية وهذا بخلاف الوكيل بالطلاق فانه لو طلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق فلا يقع بدونه ولا كذلك هنا لانه من قبيل الاثباتات فلا يكون قابلاً للتعليق ، والمعنى في المسئلة انه امكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفة لا في ضمن الموافقة اه

﴿ تنبيـــه ﴾

جميع ما ذكر في هذه المادة وشرحها فيما اذا قبل الوكيل وكالة الموكل صريحاً اما اذا وكله فسكت ولم يقل نعم ولم يقل لا فسيأتي حكمه في المادة الآتيـة .

﴿ تتمـة ﴾

في الهندية وكل رجلاً ان يشتري له شيئاً بعينه بثمن سماه فاشترى بمثل ذلك الثمن حتى كان الشراء للآمر ثم وجد بالمشتري عيباً فرده على بائعـه ثم اراد ان يشتريه لنفسه بعد ذلك فان كان الرد بعد القبض بقضاء او قبل القبض بقضاء او بغير قضاء لا يملك الوكيل ان يشتريه لنفسه الا اذا اشتراه بجنس آخر او بجنسه ولكن بالزيادة عليه وان كان الرد بعد القبض بغير قضاء كان له ان يشتريـه لنفسه ويصير المشترى له بأي ثمن اشتراه كذا في الذخيرة . ولو امر رجلاً ان يشتري له عبداً بعينه بالف درهم فاشتراه بالف ومائة ثم حط البائع المائة عن المشتري كان العبد للمشتري كذا في البحر الرائق اه

المادة ١٤٨٦ - ﴿ لو قال احد اشتر لي فرس فلان ومن دون ان يقول الوكيل لا او نعم لو ذهب واشترى ذلك الفرس فان قال عند اشترائه اشتريته لموكلي يكون لموكله وان قال اشتريته لنفسي يكون له وان قال اشتريته ولم يقيد بنفسه او موكله فان كان قال هذا قبل تلف الفرس او حدوث عيب به يصدق وان كان قال هذا بعد ذلك فلا ﴾

وكذا في البحر عن البزازية ونقل مثله في حاشية البحر عن التتارخانية معزياً للعيون

وزاد فيه قوله: وهذا كله رواية الحسن عن ابي حنيفة اه . وكذا نقله في الهندية عن الخلاصة بلا هذه الزيادة — لكن يعكر عليه ما ذكره في البحر اول الوكالة من ان ركنها ما دل عليها من الايجاب والقبول ولو حكماً ليدخل السكوت اه . وكذا ما في الاشباه من ان سكوت الوكيل قبول ويرتد برده وكذا ما في الهندية اول الوكالة عن الذخيرة وقبول الوكيل ليس بشرط لصحة الوكالة استحساناً ولكن اذا رد الوكيل الوكالة ترتد هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى في الاصل اه يريد ان التصريح بالقبول ليس بشرط لصحتها مع السكوت . وجه الاشكال انه اذا كان السكوت قبولاً كان ينبغي ان شراء الوكيل يكون للموكل وان صرح انه يشتريه لنفسه كما اذا قبل الوكالة صريحاً كما تقدم بيانه في المادة السابقة تبعاً لعامة المتون وفي حاشية البحر للعلامة ابن عابدين عن كافي الحاكم: رجل وكل رجلاً بشراء امة بعينها فقال الوكيل نعم فشراها لنفسه ووطئها فحبلت منه يدرأ عنه الحد وتكون الامة وولدها للآمر ولا يثبت النسب اه . قال الرملي يستفاد من قول الوكيل ، نعم انه لولم يقلها لم يكن كذلك وهو ظاهر فاذا لم يقلها واشترى وقع الشراء له اه اللهم الا ان لا يراد باضافة الفرس الى فلان في المثال المذكور — وكذا في عبارة البزازية ، كونها معينة بل يراد منها ان الفرس غير معينة كما تمهه صاحب البحر من عبارة البزازية حيث نقلها في سياق ما اذا كان المأمور بشرائه غير معين لكن فيه انه لو كان المراد ذلك ، لما كان التقييد بقوله سكت ، فايدة لان الوكيل بشراء شيء غير معين اذا اشترى يقع شراؤه له وان قال نعم الا ان يقول اشتريته للآمر او يشتريه بمال الآمر على ما سيأتي بيانه مفصلاً . وعن هذا استظهر العلامة ابن عابدين أن الاضافة الى فلان مراد بها تعيين المأمور بشرائه وان الوكالة وان كانت تصح مع السكوت كما تصح بالقبول الصريح الا انه يفرق بينهما في انه يكون شراء الوكيل اذا صحت بالسكوت على التفصيل المذكور في هذه المادة تبعاً للبزازية وغيرها واذا صحت بالقبول الصريح يكون الشراء للآمر . هذا ما استظهره العلامة ابن عابدين قلت وما تقدم عن الرملي مؤيد له وانت اذا راجعت المادة ١٤٥١ وجدتها صريحة في التفرقة بين قبول الوكالة صريحاً وبين قبولها بالسكوت وقد افادت ان السكوت يتم قبولا اذا تشبث الوكيل باجراء

ما وكل فيه وهذا لا يكون الا اذا صرح بانه يشتريه للموكل او قال انه نوى شرائه للموكل حال كون المشتري قائم فتدبر

ثم اعلم ان الوكيل بالشراء اما ان يكون ما وكل بشرائه معيناً وقد افادت المادة السابقة حكمه وهو انه اذا اشتراه الوكيل يقع الشراء للموكل وان صرح ان يشتريه لنفسه ما لم يصرح بذلك بحضرة الموكل ان يشتريه باكثر من الثمن الذي عينه الموكل او بخلاف جنسه . واما ان يكون غير معين وهذا حكمه انه يقع شراوءه عند الاطلاق للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل او ينقد ثمنه من مال الموكل فهذه المسئلة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملاً لحاله على ما يحل له شرعاً او يفعله عادة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر شرعاً وعرفاً وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للامر وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل يعني في التوكيل بشراء شيء بغير عينه فكانت نيته معتبرة وان تكاذبا في النية فقال الوكيل نويت لنفسي وقال الموكل نويت لي يحكم النقد بالاجماع فمن نقد الثمن من ماله كان المبيع له لان النقد دلالة ظاهرة على ما ذكرناه وان توافقا على انه لم تحضره نية قال محمد رحمه الله تعالى هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره وذلك بالاضافة الى ما له او بالنية وقد فرضنا انه لم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد كما اذا تكاذبا لان ما اوقعه مطلقاً يحتمل الوجهين فيبقى موقوفاً فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه كذا في الهداية مع زيادة من شروحها

ولو امره ان يشتري له فرساً بالف مثلاً ثم قال المامور اشتريت لك فرساً وقال الامر اشتريته لنفسك فهذه المسئلة على ثمانية اوجه اما ان يكون ماموراً بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل وجه على وجهين اما ان يكون الثمن منقوداً او غير منقود وكل وجه على وجهين اما ان يكون الفرس حياً حين اخبر الوكيل بالشراء او ميتاً فان كان ماموراً بشراء عبد بعينه فان اخبر بشرائه والعبد حيّ قائم فالقول للمامور اجماعاً منقوداً كان الثمن او غير منقود لانه اخبر

عن امر يملك استئنافه والمخبر به في التحقيق والثبوت يستغني عن الاشهاد فيصدق . وان كان الفرس ميتاً حين اخبر فقال هلك عندي بعد الشراء وانكر الموكل فان كان الثمن غير منقود في يد الوكيل فالقول للآمر لانه اخبر عما لا يملك استئنافه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان امانة في يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذي امره به فكان القول قوله وان كان الفرس غير معين فان كان حياً فقال المأمور اشتريته لك وقال الامر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقوداً فالقول للمأمور لانه اخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقوداً فالقول للامر عند ابي حنيفة لانه موضع تهمة بانه اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة الزمها الامر وعندهما القول للمأمور لانه اخبر عما يملك استئنافه فيصح كما في المعين . وان كان ميتاً والمسئلة بحالها فان كان الثمن منقوداً فالقول للمامور لانه امين ادعى الخروج عن عهدة الامانة وان كان غير منقود فالقول للآمر اتفاقاً لانه اخبر عما لا يملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر

فحاصله ان الثمن ان كان منقوداً فالقول للمأمور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بان كان هالكا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند ابي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر اهـ . ملخصاً من الزيلعي وحاشيته للشلبي .

المادة ١٤٨٧ — ✱ لو وكل شخصان كل منهما على حدة واحداً بان يشتري شيئاً فلأيهما قصد الوكيل واراد عند اشتراء ذلك الشيء يكون له ✱

ثم اذا صرح حين الشراء باسم من قصد الشراء له فظاهر والا فالقول قوله انه نوى الشراء له لانه لما كان ما امر بشرائه لم يكن معيناً من احد الموكلين

كان له ان يعمل لابيها شاء كما ان له ان يعمل لنفسه كما تقدم في المادة السابقة فكانت نيته معتبرة .

والظاهر ان هذا اذا اضاف العقد الى دراهم مطلقة — اما اذا اضافه الى دراهم احدهما وقع الشراء له ولا عبرة بقوله نويت الشراء للاخر لان اضافة العقد الى دراهم احدهما مع ان الشراء للاخر مستنكر شرعاً وعرفاً كما هو مستنكر لو اضاف العقد الى دراهم الموكل مع ان الشراء لنفسه كما علمت فيما تقدم . وهذا كله اذا كان ما وكل بشرائه غير معين — اما لو كان معيناً فان الشراء يكون للموكل الاول وان صرح انه يشتريه للثاني لانه حينئذ لا يملك شراءه لنفسه فمن باب اولى ان لا يملك شرائه لموكل آخر كما تقدم التصريح بذلك في شرح المادة (١٤٨٥) وقدمنا هناك ان هذا اذا لم يكن الوكيل قبل وكالة الثاني بحضرة الاول والا كان الشراء للثاني لان قبوله وكالة الثاني حينئذ يكون عزلاً لنفسه عن وكالة الاول وهو يملك عزل نفسه بحضرة الموكل لا بغيبته كما لو وكله بشراء فرس معين بالف درهم ثم وكله آخر بشراء ذلك الفرس بعشرين ديناراً فاشتراه بعشرين ديناراً فانه يقع الشراء للثاني دون الاول ، لانعزاله عن وكالة الاول بالمخالفة حيث اشترى بخلاف المسمى .

المادة ١٤٨٨ = ✻ لو باع الوكيل بالشراء ماله لموكله لا يصح ✻

المراد ان الوكيل بالشراء لا يملك شراء مال نفسه لموكله كما ان الوكيل بالبيع لا يملك بيع مال موكله من نفسه كما ستصرح به المادة (١٤٩٦) وشراؤه مال طفله وعبده الذي لا دين عليه لموكله — وكذا بيعه مال موكله منهما ، كشرائه وبيعه من نفسه كما في الدر والهداية وغيرها . ولا فرق في هذا بين ان يكون في الشراء والبيع المذكورين خير للموكل او لا كما في الخانية من فصل فيما يكون قبولاً للوصية من كتاب الوصايا .

واما شراء الوكيل او بيعه ممن لا تجوز شهادته له كأبويه واولاده الكبار

وزوجته فان باع باكثر من القيمة في البيع وباقل منها في الشراء ، فهو جايز بلا خلاف وعكسه غير جائز بلا خلاف وبغبن يسير كذلك على ما ذكر في الكتاب وشرح الطحاوي وعلى ما ذكره في الذخيرة جايز عندهما خلافاً له وبمثل القيمة عندهما جايز باتفاق الروايات غير جايز عند ابي حنيفة في ظاهر الرواية عنه .

وهذا في مطلق الوكالة — واما اذا قيد الوكالة بعموم المشيئة بان قال بع ممن شئت فيجوز بيعه وشراؤه مع هؤلاء بلا خلاف ومثله في بالاولى ما اذا صرح الموكل بان يبيعه من احد هؤلاء بخلاف البيع من نفسه او من ابنه الصغير او عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز ، وان امره الموكل بذلك صريحاً وعللوا ذلك بان الواحد لا يتولى طرفي العقد لانه يصير مستزيداً ومستنقصاً قابضاً ومسلماً مخاصماً ومخاصماً في العيب وفي ذلك من التضاد ما لا يخفى . هذا ما صرح به في النهاية ومعراج الدراية عن المبسوط كما في تكملة الفتح ومثله في البحر عن السراج ولم يذكروا في المسئلة خلافاً وفي حاشية الشلبي قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك اذا امره الموكل ان يبيعه من نفسه او يشتري من نفسه لم يجز ايضاً وكذلك اذا باعه الوكيل من ابن له صغير لم يجز كانه باعه من نفسه ولو باعه من نفسه لم يجز وكذلك لو باعه من عبده او مكاتبه لم يجز بالاجماع وان باعه من ابويه وان علوا او باعه من اولاده وان سفلوا او باعه من زوجته او الزوجة اذا باعته من زوجها او باعه ممن لا تجوز شهادته له لا يجوز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز . ولو امر الوكيل بالبيع من هؤلاء او اجاز له ما صنع فبيعه من هؤلاء جايز بالاجماع الا ان يبيعه من نفسه او ولده الصغير او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز . وكذا حكم الوكيل بالشراء اذا اشترى من هؤلاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه وفيها ايضاً عن شرح الكافي

ثم الوكيل بالبيع لا يجوز ان يبيع من نفسه عندنا والشافعي واحمد في ظاهر مذهبه وعن احمد في رواية يجوز وبه قال مالك والاوزاعي اذا لم يحاب لعدم التهمة . قلنا لو جاز يؤدي الى التضاد في الاحكام فانه يكون مستزيداً ومستنقصاً ومخاصماً في العيب ومخاصماً وفيه من التضاد ما لا يخفى . ولو قال له بع من نفسك أو اشتر من

لنفسك لم يجز ايضاً اه لكن نقل في البحر عن البزازية ما نصه : الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لان الواحد لا يكون مشترياً وبايعاً فيبيعه من غيره ثم يشتريه منه . وان امره الموكل ان يبيعه من نفسه او اولاده الصغار او ممن لا تقبل شهادته له فباع منهم جاز اه . قال العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر ومثله في الذخيرة عازياً الى الطحاوي ولا يخفى ما بين هذا وما تقدم من المخالفة اه وزعم العلامة الطحطاوي عدم المخالفة حيث قال ان ما تقدم عن السراج محله ما اذا امره بأن يعقد مع من لا تجوز شهادته له فعقد من نفسه ، وما في البزازية محله ما اذا امره بان يعقد من نفسه اه وهو مردود بان ما في السراج وكذا ما قدمناه عن شرح الطحاوي ، صريح في انه لا يعقد من نفسه وان امره الموكل بذلك

واما قول العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر وكأن في المسئلة قولين والوجه ما في النهاية الا اذا اجاز الموكل بعد البيع اه ، ففيه ان احد الفريقين لم يذكر في المسئلة خلافاً وظاهر ما تقدم عن حاشية الشلبي انه لا خلاف في المسئلة عندنا وتعليلهم بان الواحد لا يتولى طرفي العقد ، يقتضي عدم التفرقة بين ان يأمره الموكل بالبيع من نفسه اولا وتصريحهم بأن العقد من نفسه غير صحيح ، ينع قوله الا اذا اجاز الموكل بعد البيع لان الاجازة انما تلحق البيع الموقوف لا الفاسد او الباطل ، يرده ايضاً ما في السابع والعشرين من جامع الفصولين بيع الوكيل من نفسه او طفله او قن له غير مديون لم يجز ، ولو امر به موكله او اجاز ما صنع ولو امره ببيع من ابويه او ولده البالغ او زوجته او زوجه بأن كان الوكيل امرأة او ممن لا تقبل شهادته له او اجاز صح اه

فالذي يظهر ان ما نقل عن البزازية لا يخلو عن تحريف او فيه اختصار اخل بالمراد بدليل انه نقل في الهندية عن البزازية ما نصه : الوكيل بالبيع لا يملك شراءه لنفسه لان الواحد لا يكون مشترياً وبائعاً اه . ثم نقل عبارة السراج الوهاج فاقتصاره من عبارة البزازية على ما ذكر يشير الى ان زيادة قوله وان امره الموكل ان يبيعه من نفسه الخ ، غير مسلمة وكذا ما في الذخيرة عن الطحاوي بدليل انه مخالف لما قدمناه عن حاشية الشلبي معزياً لشرح الطحاوي للامام الاسبيجابي وكيفما كان الحال فاطلاق هذه المادة وكذا المادة ١٤٩٦ الآتية موافق لما في السراج

وشرح الطحاوي وشرح الكافي والمبسوط فليس الا عليه المعوّل

﴿ تنبيهات ﴾

الاول الوكيل بالاجارة والصرف والسلم ونحوها كالتزويج له حكم الوكيل بالبيع او الشراء فيقال فيه ما قيل في الوكيل بالبيع والشراء كما في الدر وحواشيه وفي البحر عن البزازية وكله بتزويج فزوجه ابنته الصغيرة لا يجوز يعني اتفاقاً. ولو كبيرة او من لا تجوز شهادته لها لا يجوز عنده خلافاً لهما اه

الثاني المضارب كالوكيل بالبيع لا يبيع ممن لا تجوز شهادته له الا اذا كان بمثل القيمة فحينئذٍ يجوز اتفاقاً لانه متصرف لنفسه من وجه والوصي لو باع منهم بمثل القيمة فانه يجوز لعدم التهمة . وان حابى فيه لا يجوز وان قل والمضارب كالوصي طحطاوي عن السراج . وفيه عن جامع الفصولين لو باع القيم مال الوقف او آجر ممن لا تقبل شهادته له لا يجوز عند الامام الا باكثر من اجر المثل كبيع الوصي . ولو اجره من نفسه يجوز لو خيراً والا لا اه.

الثالث : تقييد عدم صحة العقد مع من لا تقبل شهادته للوكيل للاحتراز عما اذا عقد الوكيل مع من لا تقبل شهادته للموكل كابيه وابنه ومكاتبه وعبده المدبون فانه يجوز كما في البحر .

الرابع : التقييد بوكيل العقد للاحتراز عن وكيل القبض كما لو وكل شخص أخر بقبض دينه على ابي الوكيل او ولده او مكاتبه او عبده فقال الوكيل قبضته وهلك وكذبه الطالب فالقول قول الوكيل كما في البحر عن كافي الحاكم

المادة ١٤٨٩ ﴿ اذا اطلع الوكيل على عيب في المال الذي اشتراه قبل ان يسلمه الى الموكل فله ان يرده بلا اذنه ولكن ليس له ان يرده بلا امر الموكل وتوكيله بعد التسليم اليه ﴾

هذا اذا اضاف الوكيل العقد الى نفسه والا بان قال اشتريت لفلان

فليس للوكيل الرد بلا اذنه مطلقاً لانه حينئذٍ بمنزلة الرسول فحقوق العقد تتعلق بالموكل لابه كما تقدم في المادة (١٤٦١) وشرحها وصرح به في السابع والعشرين من جامع الفصولين حيث قال : الوكيل ببيع وشراء لو اضاف العقد الى موكله لم ترجع حقوقه الى وكيله اه فليتنبه لهذا

وحاصل ما ذكروه في الوكيل بالشراء اذا اضاف العقد الى نفسه انه اذا كان ما اشتراه باقياً في يده او في يد البائع فله ان يرده بعيب اطلع عليه سواء اذن له الموكل بالرد او لم يأذن لان الرد بالعيب من جملة حقوق العقد وهي كلها تتعلق به لو كان حياً وبوارثه او وصيه لو ميتاً فان لم يكونا فللموكل . اما لو اطلع على العيب بعد التسليم الى الموكل فليس له الرد بلا اذن الموكل لانتهاء الوكالة بالتسليم اليه ولان في الرد ابطال يد المالك الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه زيلعي وغيره . قال في الهندية عن الذخيرة : الوكيل بالشراء اذا سلم المشتري الى الآمر . ثم جاء يخاصم البائع في العيب لم يكن له ان يرده الا ان يجيء ببينة ان الآمر امره بالرد اه . وهكذا حكم الوكيل بالبيع فان لمن اشترى منه ان يرده عليه بالعيب ما دام حياً عاقلاً من اهل لزوم العهدة فان كان محجوراً يرد على الموكل بحر . وفي الفصل السابع من الباب الثامن من بيوع الهندية عن وجيز الكردري ، المشتري من الوكيل بالبيع يرد بالعيب عليه وان وصل الثمن الى الموكل اه

قيد بالعيب لانه لو وكله ببيع متاعه فباعه بيعاً فاسداً وقبض الثمن وسلمه الى الموكل فله ان يفسخ ويسترد الثمن من الموكل بغير رضاه لحق الشرع — كذا في الدرر والمنح عن القنية .

اقول : وكذا لو وكله بشراء متاع فاشتراه فاسداً وسلمه الى الموكل فان له الفسخ بدون رضى الموكل لحق الشرع وهو ظاهر . وفي كون الرد بالعيب من حقوق الوكيل ، اشارة الى انه لو رضي بالعيب فانه يلزمه . ثم الموكل ان شاء قبله وان شاء الزم الوكيل ، وقبل ان يلزم الوكيل اذا هلك يهلك من الموكل — كذا في البحر عن البزازية اي ويرجع الموكل على الوكيل بحصة العيب كما في الهندية عن السراج . وفيها عن المحيط لو لم تمت الجارية لكنها اعورت لزم

الآمر وكان له ان يرجع على الوكيل بحصة العيب الذي رضي به . ولو لم تمر" واختار الزام الوكيل الجارية فالزمها اياه وقبض الثمن ثم وجد بها الوكيل عيباً آخر وقد كان ذلك عند البايع لم يستطع ردها بذلك العيب على الآمر ولا على البايع اهـ والى ان الموكل اجنبي في الخصومة بالعيب فلو اقر الموكل وانكر الوكيل فانه لا يلزم الموكل ولا الوكيل شيء لأن الخصومة فيه من حقوق العقد والموجب اجنبي فيه ، والى ان اقرار الوكيل يوجب رده عليه ، ولو انكر الموكل لكن اقراره صحيح في حق نفسه لا في حق الموكل لانتهاء وكالته بالتسليم فلا يكون قوله ملزماً على الموكل الا ان يكون عيباً لا يحدث مثله في تلك المدة للقطع بقيام العيب عند الموكل وان امكن حدوث مثله في المدة لا يرده الوكيل على الموكل الا ببرهان على كونه عند موكله والا يحلفه فان نكل رده والا لزم الوكيل بحر عن البزازية

اقول عبارة الهندية عن الكافي هكذا: ومن امر رجلاً ببيع عبده فباعه من رجل وسلمه وقبض الثمن او لم يقبضه حتى وجد المشتري عيباً لا يحدث مثله فرده بقضاء ببينة او باباء يمين او باقرار المأمور ، فللمأمور ان يرده على الآمر . وان كان عيباً يحدث مثله فان رده ببينة فهو لازم للموكل وكذا ان رده بالنكول . وان كان رده باقرار لزم الوكيل وان كان المشتري رده بنفسه بغير قضاء القاضي والعيب مما يحتمل الحدوث لزم الوكيل ولا يكون له ان يخاصم موكله بحال وان كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقرار الوكيل يلزم الموكل بلا خصومة في رواية وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل اهـ فتأمل . وتمام هذه المسائل في الفصل السابع من الباب الثامن من كتاب البيوع من الهندية . وفيه عن شرح الطحاوي وجد المشتري عيباً فيما اشتراه رجع بالثمن على الوكيل ان كان نقده الثمن . وان كان نقده من الموكل اخذه من الموكل ولم يذكر ما اذا نقد الثمن الى الوكيل ثم اعطاه هو للموكل . ثم وجد المشتري عيباً يرده على الوكيل ام على الموكل افتى القاضي انه يرده على الوكيل اهـ . وفي الهندية واذا كانت الجارية في يد الوكيل بالشراء فاراد ان يردها بالعيب فادعى البايع رضي الآمر بهذا العيب لم يصدق على ذلك من غير بينة . وان اراد البايع استحلاف

الوكيل على علمه برضى الآمر لم يكن له ذلك فان لم يكن للبايع بينة على رضى الآمر بالعيب ورد الوكيل الجارية على البايع بالعيب ثم حضر الآمر وادعى الرضى واراد اخذ الجارية فأبى البايع ان يدفعها فان القاضي لا يلتفت الى قول البايع ويرد الجارية على الآمر . قيل هذا قول محمد وقيل هذا قول الكل وهو الاصح . ولو ان الوكيل حين رد الجارية على البايع بالعيب اخذ الثمن من البايع فضاع الثمن من يده ضاع من مال الوكيل ويغرم الوكيل للآمر من مال نفسه . ثم اذا صدّق الآمر البايع في الرضى بالعيب وقبض الجارية ، يدفع الآمر الثمن الى البايع من مال نفسه وليس له ان يقول للبايع انك اقررت مرة بقبض الثمن من الوكيل فليس لك ان تقبض مني مرة اخرى فان وجد الآمر بها عيباً آخر كان هو الخصم بالرد دون الوكيل . ولو كان الوكيل بعد ما ردها بالعيب وبعد ما فسخ القاضي البيع اقر برضى الامر بالعيب كان البائع بالخيار ان شاء امسك الجارية وان شاء ردها على الوكيل . ولو اقر الآمر انه كان رضي بالعيب كانت الجارية للآمر يأخذها الوكيل من البايع ويدفعها الى الآمر ويكون الثمن للبايع على الوكيل ان كان الوكيل قبض الثمن من البايع حين رد الجارية عليه . ولو وجد بالجارية عيباً آخر كان هو الخصم فيه كذا في المحيط اه وفيها عن المحيط ايضاً الوكيل بالشراء اذا اشترى عبداً يساوي ثلاثة الاف درهم بالف درهم فوجد به عيباً فليس له ان يرده . ولو كان ذلك في خيار رؤية او خيار شرط فله ان يرده اه وفي فصل في تصرفات الوكيل من بيوع الخانية : الوكيل بالشراء اذا اشترى ولم يقبض فعلم بعيب ، كان له ان يرد بالعيب يسيراً كان العيب او فاحشاً فان رضي بالعيب ان كان العيب يسيراً لزم الموكل وان كان فاحشاً وهو ما يفوت جنس المنفعة كالعمى وقطع اليدين لا قطع احدهما ولا بياض احدى العينين ، لزم الوكيل ولو قال الموكل للوكيل بعد ما علم بالعيب لا ترض به فرضي به الوكيل لا يلزم الآمر ويكون للآمر ان يلزم الوكيل . وهو بمنزلة ما لو علم الوكيل بالعيب بعد القبض فرضي به ان رضي به الموكل جاز وان لم يرض لزم الوكيل اه مختصراً وتمامه فيها

المادة ١٤٩٠ - ❊ اذا اشترى الوكيل المال مؤجلاً فهو في

حق الموكل موجل ايضاً وليس له ان يطالب بثمنه نقداً ولكن بعد اشتراء الوكيل نقداً اذا اجل البايع الثمن فللوكيل ان يطالب الثمن من الموكل نقداً ۞

كذا في التنوير وعبارته ولو اشتراه الوكيل بنقد ثم اجله البايع كان للوكيل المطالبة حالاً اه قال في شرحه المنح وهي الحيلة يعني في تاجيل الثمن عن الوكيل دون الموكل كما في الخلاصة

قيد بكونه اشتراه بنقد لان الوكيل لو اشتراه بثمن موجل تاجل في حق الموكل ايضاً فليس للوكيل طلبه حالاً اه والظاهر انه لو اشتراه بثمن لم يذكر فيه حلول ولا تاجيل ثم اجله يكون حكمه كما لو اجله حين العقد لما في الهندية عن المحيط الوكيل بشراء شيء بعينه اذا اشترى ولم ينقد الثمن حتى اخر البايع الثمن عن الوكيل صح وثبت التاخير في حق الموكل حتى لم يكن للوكيل ان يرجع على الموكل قبل حلول الاجل اه وفي الخانية الوكيل بالشراء اذا اشتري بالنسيئة فمات الوكيل حل عليه الثمن ويبقى الاجل في حق الموكل . الوكيل بشراء عبد بعينه بالف اذا اشتراه بالف ومائة ثم البائع حط مائة عن المشتري كان العبد للوكيل لان العقد وقع للوكيل فلا يتغير بالحط اه . وذكر في الدر وحواشيه ان البائع لو وهب كل الثمن للوكيل رجع الوكيل بكله على الموكل ولو وهبه بعضه رجع بالباقي فلو كان الثمن الفاً فوهب له النصف ثم وهب له النصف الآخر لا يرجع الوكيل على الآمر الا بخمسمائة الاخرى، لان الاولى حط والثانية هبة . وهذه المسئلة مبنية على ما تقدم في البيوع ان هبة بعض الثمن حط لا هبة كله لان الحط يلتحق باصل البيع وفي حط البعض يبقى البيع بالباقي فيرجع به على موكله ولو جعل هبة الكل حطاً لصار بيعاً بلا ثمن فيفسد به البيع فلذلك جعل هبة مبتدأة للوكيل فيرجع على الموكل بالثمن المعقود عليه فلو وهبه اياه بدفعتين او اكثر كان ما قبل الاخير حطاً وكانت الهبة الاخيرة مبتدأة فيرجع على الموكل بقدرها اه . وافاد في الهندية نقلاً عن المحيط والخانية ان الجواب في

ابراء البائع الوكيل عن كل الثمن او بعضه كالجواب عن هبته فليراجع

المادة ١٤٩١ ✻ اذا اعطي الوكيل بالشراء ثمن المبيع من ماله قبضه فله ان يرجع على الموكل يعني له ان ياخذ الثمن الذي اعطاه من الموكل وله ايضاً ان يحبس المال المشترى ويطلب ثمنه من موكله الى ان يتسلم الثمن وان لم يكن قد اعطاه الى البايع ✻

حاصله ان الوكيل بالشراء اذا قبض ما اشتراه كان له مطالبة موكله بثمنه وحبس المشتري عنه حتى يستوفي ثمنه . ولا فرق في هذا بين ان يكون دفع الوكيل الثمن من ماله للبائع ام لا

لا يقال انه اذا دفع الثمن من ماله بلا امر الموكل يكون متبرعاً كمن اوفى دين غيره بلا امره ، لانا نقول قد انعقدت بينهما مبادلة حكمية فصار الوكيل كالبائع من الموكل ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان واذا وجد الموكل عيباً بالمشتري يرده على الوكيل وكل من المحالفة والرد المذكورين من خواص المبادلة ولان التبرع انما يتحقق اذا كان الدفع بغير امر الموكل والامر ثابت هنا دلالة لان الموكل لما علم ان الحقوق ترجع الى الوكيل ومن جملتها دفع الثمن علم انه مطالب بالدفع لقبض المبيع فكان راضياً بذلك آمراً به دلالة كذا في الهداية وشروحها والكنز وشروحه ولا تنس ما تقدم في المادة السابقة من ان الوكيل اذا اشتراه بثمن مؤجل ، يكون الثمن مؤجلاً في حق الموكل ايضاً وحينئذ فليس له المطالبة بالثمن الا عند حلول الاجل ، ولا حبس المبيع لقبضه كما هو ظاهر ونبه عليه في المنح ونقل في البحر عن كفالة الخانية : لو ادعى الوكيل بالشراء دفع الثمن من ماله وصدقه الموكل وكذبه البايع ، لم يرجع الوكيل على الموكل اه

قال العلامة ابن عابدين في حاشيته عليه ولا يخفى ان معنى قوله لم يرجع على الوكيل على الموكل ، انه لا يرجع بما ضاع عليه بجحود البايع حيث وجب عليه

ان يدفعه له ثانياً — والا فالثمن الذي وجب له بالعقد الحكمي يطالبه به بلا شبهة، لان الوكيل بالشراء منزل منزلة البايع من الموكل كما تقدم اه

والحاصل ان الوكيل اذا دفع الثمن الى البايع مرتين لجحوده الدفع اول مرة فلا يرجع على الموكل الا بواحد، وان صدقه الموكل على دفع ما جحده البايع. فتصديق الموكل تنصيص على المتوهم، لانه لو كذبه فبالاولى عدم الرجوع كما في الحاشية المذكورة عن حاشية الرملي

واعلم ان مثل الوكيل بالشراء الوكيل بالاستئجار فان له أن يؤاخذ الموكل بدفع الاجرة اليه قبل ان يؤديها الوكيل الى المؤجر كما في الهندية — لكن ليس له حبس المأجور لقبض الاجرة، اه في حاشيته لو كان وكيلاً بالاستئجار وقبض الوكيل الدار، ليس له ان يحبسها عن الموكل بالاجرة، ولو شرط تعجيلها. فان حبسها حتى مضت المدة فقيل الاجر على الوكيل ويرجع على الموكل وقيل يسقط عن الموكل اه وذكر في البحر عن البزازية: وان نقد الوكيل بالشراء الثمن من ماله ثم لقيه الموكل في بلد آخر، والمشترى ليس عند الوكيل وطلب منه الثمن فأبى الا ان يسلم المشترى — فان كان الآمر طالبه بتسليمه حين كان المشتري بحضرتهما ولم يسلمه حتى يقبض الثمن، له ان لا يدفع الثمن حتى يقبض المشترى — وان كان الآمر لم يطلبه منه حال حضرة المشترى، ليس له أن يمتنع عن دفع الثمن، لانه صار ديناً في ذمة الآمر اه وفي الهندية عن الذخيرة: الوكيل اذا اشترى عبداً بألف درهم الى سنة وقبضه فلم يقبضه الآمر حتى حل المال وأخذ البايع الوكيل به فاراد الوكيل منعه من الموكل حتى يأتيه بالثمن، لم يكن له ذلك. ولو منعه صار ضامناً ولو قبضه الآمر ثم حضر الوكيل واخذه بغير محضر من الآمر ولم يذكر انه ياخذه حتى يعطيه الثمن فمات في يده بطل الثمن عن الآمر وجعل الاخذ منعاً للعبد كانه منعه حتى يعطيه الثمن اه

المادة ١٤٩٢ = ✻ اذا تلف المال المشترى في يد الوكيل بالشراء او ضاع قضاء يتلف من مال الموكل ولا يسقط من الثمن شيء ولكن

لو حبسه الوكيل لاجل استيفاء الثمن وتلف في ذلك الحال او ضاع يلزم على الوكيل اداء ثمنه ✻

لان الوكيل في قبضه المشترى من البايع عامل ، للموكل فيصير الموكل قابضاً بقبض الوكيل حكماً فما لم يمنعه منه ، لا يكون مسترداً له فاذا هلك هلك من مال الآمر فكان للوكيل ان يرجع عليه بثمنه — بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك ، لانه بالحبس صار مسترداً له . او نقول ان قبض الوكيل في الابتداء متردد بين ان يكون لتتميم مقصود الموكل ، وان يكون لاحياء حقه اي الوكيل وانما يتبين احدهما بالحبس فان لم يحبسه عن الموكل عرفنا انه كان عاملاً للموكل فهلاكه في يده كهلاكه في يد الموكل . وان حبسه ، عرفنا انه كان عاملاً لنفسه وان الموكل لم يصر قابضاً بقبضه فاذا هلك يكون مضموناً عليه اي على الوكيل اه ملخصاً من الزيلعي والعناية . ثم اذا حبسه الوكيل فهلك ضمنه ضمان المبيع اذا هلك في يد البايع فيلزمه اداء الثمن للبايع من ماله بلا رجوع على الموكل ، لما تقدم من انه منزل منزلة البايع من موكله

وهذا عند محمد وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وعليه المتون وبه اخذت المجلة كما ترى وعند ابي يوسف رحمه الله تعالى يضمنه ضمان الرهن فيهلك بالاقل من قيمته ومن الثمن . وعند زفر يضمنه ضمان الغصب يعني جميع قيمته حتى لو كان الثمن اكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على الموكل على قول ابي يوسف وزفر . هذا حاصل ما في الهداية وشروحها والكنز وشروحه وهذا اذا هلك المبيع — اما اذا ذهبت عينه عند الوكيل بعد حبسه لم يسقط شيء من الثمن لانه وصف ، والاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن — لكن يخير الموكل ان شاء اخذه بكل الثمن وان شاء تركه افاده في البحر . وهذا كله اذا كان الذي هلك في يد الوكيل هو المبيع — اما لو كان الهالك في يده الثمن ففي البزازية عن جامع الفصولين : دفع اليه الفاً ليشتري به فاشترى وقبل ان ينقده للبايع هلك ، فمن مال الآمر — وان اشترى ثم نقده الموكل فهلك الثمن قبل دفعه للبايع عند الوكيل ، يهلك من مال

الوكيل كذا في البحر وانظر ما نقلنا عن الخانية في شرح المادة ١٤٩٣

وذكر في الهندية لو هلكت الدراهم المدفوعة من الموكل في يد الوكيل بعد الشراء ورجع على الآمر واخذ منه ثانياً فهلك المأخوذ ثانياً في يد الوكيل لم يرجع على الآمر بعد ذلك اه وعبارة البحر عن الجامع الصغير : وكله بشرائه ودفع له الفاً فاشترى ولم ينقد رجع به مرة فان دفع وهلك ثانياً لا يرجع اخرى . والمضارب يرجع مراراً والكل رأس المال اه اي لان يد الوكيل ثانياً يد استيفاء لا يد امانة بخلاف المضارب وتوضيح هذه المسايل تقدم في شرح المادة ١٤١٣

وفي الهندية الوكيل بشراء جارية بالالف اذا اشتراها بالالف كما امر ونقد الالف وقبضها ولم يحبسها عن الآمر حتى نقده الآمر خمسماية ثم طلبها منه فمنعها فهلكت في يده ، سلم للوكيل الخمسماية المقبوضة وبطلت الباقية عن الآمر . ولو كان حبسها في الابتداء فعليه رد المقبوضة ايضاً . ولو كان الآمر امره ان يشتري له جاريتين كل جارية بألف درهم او امره ان يشتريهما جميعاً بالف درهم فاشتراهما وقبضهما ثم الآمر طلب منه احداهما بعينها فمنعها اياه حتى ماتت ، بطل ثمنها فان قال الآمر لا حاجة لي في الباقية لا يلتفت اليه ولزمته بحصتها . فان لم تمت التي منعها وماتت الاخرى فالباقية لازمة للآمر وعليه ثمنهما جميعاً اه وتمامه فيها .

وفي البحر عن بيوع البزازية الوكيل بالشراء اذا اخذ المشترى على وجه السوم مع قرار الثمن فاراه الموكل ولم يرض به فهلك في يد الوكيل ضمن الوكيل قيمة السلعة للبايع ثم يرجع على الموكل ان كان امره بالاخذ على وجه السوم والا فلا اه

المادة ١٤٩٣ ﴿ ليس للوكيل بالشراء ان يقيل البيع بدون اذن الموكل ﴾

وهذا بالاجماع كما في السابع والعشرين من جامع الفصولين ومثله في حاشية الحموي عن القنية وفي الاشباه من كتاب البيوع من الفن الثاني : من باع او اشترى او آجر ، ملك الاقالة الا في مسايل — المشترى الوصي من مديون

الميت داراً بعشرين وقيمتها خمسون ، لم تصح الاقالة — اشترى المأذون غلاماً بألف وقيمته ثلاثة الاف لم تصح ، ولا يملكان الرد بالعيب ويملكانه بخيار شرط او رؤية — والمتولي على الوقف لو آجر الوقف ثم اقال ولا مصلحة ، لم تجز على الوقف والوكيل بالشراء ، لا تصح اقالته — بخلاف الوكيل بالبيع تصح ويضمن . والوكيل بالسلم على خلاف اه وسيأتي الكلام على أقالة الوكيل بالبيع في المادة ١٥٠٥ وشرحها

= الفصل الثالث =

﴿ في الوكالة بالبيع ﴾

المادة ١٤٩٤ — ﴿ للوكيل بالبيع مطلقاً ان يبيع مال موكله بالثمن الذي يراه مناسباً قليلاً كان او كثيراً ﴾

نقداً كان اوعرضاً ولو بغبن فاحش هذا مايعطيه قوله بالثمن الذي يراه مناسباً ، لان الموصول من الفاظ العموم فيعم العرض فافهم . وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير ، لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف ، لان التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود . ولابي حنيفة ان التوكيل بالبيع مطلق ، فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة ويتقيد في موضعها كالوكيل بالشراء فانه لا يجوز له الشراء بالغبن الفاحش لانه متهم ، لاحتمال انه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة ، الحقها بالموكل وذلك لا يمكن في البيع — سلمنا ان المطلق يتقيد بالمتعارف — لكن البيع بالغبن او بالعين اي العرض متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن وعند الضجر والتبرم من العين فكان العرف مشتركاً لا يصلح دليلاً لهما اه ملخصاً من الهداية وشروحها ومن الزيلعي قال في التكملة : قال العلامة قاسم في تصحيحه

ورجح دليل الامام وهو المعول عليه عند النسفي وهو اصح الاقاويل والاختيار . عند المحبوبي ووافقه الموصلي وصدر الشريعة وعليه اصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية وقد قالوا انفتى بقول ابي حنيفة على الاطلاق خصوصاً مع ظهور وجهه اه . ولهذا اختارته المجلة كما ترى وان نقل في الدر عن البزازية ان بقولهما يفتى . وكلام التنوير مع شرحه المنح ، يفيد ان جواز بيع الوكيل بالعرض وكذا بالنسيئة على قول ابي حنيفة ، مقيد بما اذا لم تقم قرينة لفظية او حالية على عدم ارادته من الموكل وسيأتي تحقيقه في شرح المادة ١٤٩٨

هذا في الوكيل بالبيع اما الوكيل بالصرف فلا يجوز له الصرف بالغبن اجماعاً اما اذا اتحد الجنس ، فلا يجوز ولو بغبن يسير للربا . واما اذا اختلف كدينار بدراهم ، فلانه بيع من وجه شراء من وجه والوكيل بالشراء لا يجوز له الشراء بالغبن الفاحش اتفاقاً كذا في الدر وحواشيه . فان قلت كان الصرف بيع من وجه شراء من وجه لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احد البدلين اولى من الآخر في جعله مبيعاً او ثمناً كذلك البيع بالعرض وهو المقايضة مثله لما ذكر من التعليل فلماذا صح للوكيل بالبيع ان يبيع بالغبن الفاحش في بيع المقايضة على قول ابي حنيفة في ظاهر الرواية عنه ولم يصح له ان يصرف بالغبن الفاحش على قول الكل باتفاق الروايات وما وجه الفرق بينهما مع اتحاد العلة . قلت الفرق بينهما ان الوكيل بالصرف يملك العقد من نفسه بان يصرف دينار الموكل بدراهم نفسه كما صرح به في المبسوط فكان محلاً للتهمة كما قالوا في الوكيل بالشراء انه لا يملك الشراء بالغبن للتهمة اذ من الجايز انه عقد لنفسه فلما علم بالغبن اراد ان يلزم به الموكل واما في بيع المقايضة فليس للوكيل ان يبيع من نفسه ولا ان يشتري لنفسه عرض الآخر بمقابلة عرض الموكل فلم ترد التهمة التي وردت في حق الوكيل بالشراء فلم يمنع الجواز لذلك على قول ابي حنيفة في ظاهر الرواية وايضاً الشراء اصل في عقد الصرف لان الثمنية في الدراهم والدنانير اصل والعبرة للأصل فكان الوكيل بالصرف معتبراً بالوكيل بالشراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الوكيل بالشراء بالاتفاق واما عقد المقايضة فالبيع اصل فيه لان الاصل في العرض ان يكون مبيعاً لا ثمناً فكان الوكيل فيه معتبراً وكيلاً بالبيع من كل وجه والغبن

الفاحش يتحمل في الوكيل بالبيع في ظاهر الرواية على قول ابي حنيفة اه ملخصاً من تكملة الفتح . وفي الهندية الوكيل بالبيع اذا اخر الثمن عن المشتري او ابرأه منه او قبل الحوالة او اقتضى الزيوف وتجوز به ، جاز وضمن الثمن للآمر وهو قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى واجمعوا على ان الثمن اذا كان عيناً فوهبه الوكيل من المشتري ، انه لا يصح . وكذلك لو كان ديناً فقبضه الوكيل ثم وهبه من المشتري لا يصح بالاجماع كذا في الذخيرة اه . وافاد في التكملة ان وكيل المرأة كالوكيل بالبيع له ان يزوجها بما قل وكثر فلو زوجها باقل من مهر مثلها صح وعزاه الى البزازية وهل فيه خلاف الامامين يراجع . وافاد ايضاً عازياً الى الذخيرة ان التوكيل بالاجارة كالوكيل بالبيع . ومن المشايخ من قال قولهما كقول ابي حنيفة في الاجارة اه وفي الهندية من الباب الرابع في الوكالة بالاجارة : وللوكيل بالاجارة ان يؤجر بعرض او خادم والوكيل بالاستئجار يملك الاستئجار بالدراهم والدنانير والمكيل والموزون اذا كان بغير عينه ولا يملك الاستئجار بعرض بعينه ولا بمكيل او موزون بعينه اه

المادة ١٤٩٥ = ✻ ليس للوكيل ان يبيع بانقص مما عينه الموكل يعني اذا كان الموكل قد عين ثمناً فليس للوكيل ان يبيع بانقص من ذلك واذا باع ينعقد البيع موقوفاً على اجازة موكله ولو باعه بانقص مما عينه بلا اذن الموكل وسلم المال الى المشتري فللموكل ان يضمنه ذلك النقصان ✻

هذه الترجمة غير صحيحة وصوابها فللموكل ان يضمنه ذلك المال يعني المال المأمور ببيعه لان نص الفقرة الاخيرة من هذه المادة هكذا (وخود بخود نقصانه صاتو بده مالي مشتري يه تسليم ايتسكده موكل اكا اول مالي تضمين ايديره بلور) اه وحاصل المسئلة ان الوكيل بالبيع اذا خالف فباع بانقص مما عينه الموكل انعقد

موقوفاً على اجازة موكله ، لما تقرر من ان الوكيل بالبيع اذا خالف لا ينفذ بيعه بل يتوقف على اجازة موكله بخلاف الوكيل بالشراء فانه اذا خالف يقع الشراء له لان الشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف . ثم لو خالف الوكيل بالبيع وباع وسلم المبيع للمشتري ثم هلك في يد المشتري يكون الوكيل ضامناً لقيمته لانه بالمخالفة صار غاصباً قال في مرآة المجلة نقلاً عن ضمانات الفضلية : ولو وكله بيبيعه بألف فباعه الوكيل بتسعماية يصير الوكيل غاصباً بالبيع والتسليم وضامناً القيمة للموكل اه وفي البحر ان الوكيل امين فيما في يده كالمودع فيضمن بما يضمن به المودع ويبرأ بما يبرأ به اه ومعلوم ان المودع اذا سلم الوديعة لاجنبي بلا اذن مالكها يصير غاصباً ويضمنها لو هلكت

وانظر هل يخير الموكل بين تضمين المشتري وهو يرجع بما ضمنه على الوكيل ، وبين تضمين الوكيل وهو لا يرجع على احد . الظاهر نعم كما هو حكم مودع الغاصب لان استلام المشتري كان باذن بايعه الوكيل لكن لم اقف الآن على نص صريح في المسئلة وفي الهندية عن الذخيرة : واذا وكل الرجل رجلاً ان يبيع عبده بألف درهم وقيمته الف او خمسماية فباعه بالف الى العطاء وسلمه الى المشتري فمات في يده او اعتقه فلا ضمان على الوكيل وعلى المشتري القيمة ويكون حق قبض القيمة للوكيل اه

اقول اما قوله فلا ضمان على الوكيل فلأنه لم يخالف واما قوله وعلى المشتري القيمة فلأنه ملكه بعقد فاسد وهو البيع الى العطاء . وفيها عن المحيط امر رجلاً ان يبيع عبده بألف درهم فباعه بخمسماية الى العطاء وقيمته الف او خمسماية وقبضه المشتري ، لا يملكه فلو مات في يد المشتري كان للآمر الخيار ان شاء اخذ القيمة من المشتري وان شاء اخذ من الوكيل . فان اخذها من المشتري لم يرجع بها على غيره وان ضمن الوكيل رجع بما ضمن على المشتري اه وتمامه فيها

اقول لا يخفى ان قوله اولاً لا يملكه ، مشكل لان كون المشتري لا يملكه يقتضي رجوعه على البايع وعدم رجوع البايع عليه لانه حينئذ يكون كمودع الغاصب لا كالمشتري فاسداً لان المشتري فاسداً يملك ما اشتراه بقيمته فتأمل

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في الهندية والخانية لو وكله ببيع عبده بالف درهم وقيمته الف فتغير السعر وصارت قيمته الفين ليس للوكيل ان يبيعه بالف وكذا اذا وكله ببيع جارية بالف فولدت ولداً يساوي الفاً وكذا اذا اثمر النخيل اه

المادة ١٤٩٦ — ﴿ اذا اشترى الوكيل بالبيع مال موكله لنفسه لا يصح ﴾

وكذا لا يصح شراؤه لولده الصغير وعبده الذي لا دين عليه وان اذن له الموكل بذلك صريحاً او قال له بع ممن شئت او اجاز عقده بعد الشراء لان الواحد لا يتولى العقد من الطرفين فلا يكون بائعاً ومشترياً — بخلاف بيعه من اولاده الكبار او اصوله او زوجته او ممن لا تجوز شهادته له كما سيأتي في المادة الآتية . هذا ما صرح به في شروح الهداية وفي البحر عن السراج — وكذا في حاشية الشلبي عن شرح الطحاوي — وكذا في جامع الفصولين وغيرها .

واما ما ذكره في البزازية من ان شرائه لنفسه وطفله وعبده كبيعه ممن لا تجوز شهادته له يصح ان اذن له الموكل فيه صريحاً او تعميماً او اجازه بعد عقده فهو مخالف لصريح كلامهم مع عدم ظهور وجهه هذا ما حققناه في شرح المادة ١٤٨٨ فارجع اليه . وقد قال في الهداية : ان الحيلة لمن اراد ان يشتري ما وكل ببيعه لنفسه او طفله ان يبيعه من اجنبي ثم يشتريه منه لنفسه او طفله فافهم

المادة ١٤٩٧ — ﴿ ليس للوكيل بالبيع ان يبيع مال موكله لمن لا تجوز شهادتهم له الا ان يكون قد باعه بازيد مما يباع فحينئذ يصح وايضاً ان كان الموكل قد وكله وكالة عامة بقوله بع ممن شئت

ففي ذلك الحال يجوز بيعه بثمن مثله لهؤلاء ✵

قال في الهندية الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة وان باع بمثل القيمة فيه روايتان عن ابي حنيفة . والظاهر انه لا يجوز . وان امره الموكل بالبيع من هؤلاء او اجاز له ما صنع او قال بع ممن شئت فانه يجوز بيعه من هؤلاء بالاجماع الا ان يبيعه من نفسه او من ولده الصغير او من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز له ذلك قطعاً ، وان صرح له الموكل بذلك وكذلك حكم الوكيل بالشراء اذا اشترى من هؤلاء اه .

المادة ١٤٩٨ — ✵ للوكيل المطلق بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسيئة لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة وايضاً ان كان قد وكل بالبيع بالنقد صراحة او دلالة فليس له ان يبيع نسيئة مثلاً لو قال الموكل بع هذا المال نقداً او بع مالي هذا واد ديني فليس للوكيل ان يبيع ذلك نسيئة ✵

في حاشية الشلبي عن التتمة الوكيل بمطلق البيع يملك البيع نسيئة عندنا خلافاً للشافعي ثم قيل يجوز البيع بالنسيئة على قول ابي حنيفة طالت المدة او قصرت وعندهما لا يجوز الا باجل متعارف في تلك السلعة وهو الماخوذ به اه وذكر قبله عن التتمة عن ابي يوسف ان وكله بالبيع على وجه التجارة فله ان يبيعه بالنسيئة وان وكله بالبيع لحاجته الى النفقة او قضاء الدين او ما اشبه

ذلك فليس له ان يبيعه بالنسيئة اه ونقل مثله في تكملة رد المحتار عن المنية وقد علمت ما هو المأخوذ به وفي البحر عن البزازية وبفتى بقولهما . والظاهر ان البيع بالنسيئة اذا لم يكن متعارفا لا يملكه الوكيل على قولهما المفتى به كبيع الوكيل غلال ديارنا في مدينة طرابلس او في الخانات المعدّة لبيع الغلال . وجعل ابو السعود هذا مما يقتضيه قولهما وقال انها حادثة الفتوى ، ولذا مشت عليه المجلة هنا .

وفي تكملة الفتح عن الذخيرة انما يجوز البيع بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما يدل على البيع بالنقد فاما اذا كان في لفظه ما يدل على البيع بالنقد لا يجوز البيع بالنسيئة نحو ان يقول بع هذا العبد فاقض ديني ، او قال بع فان الغرماء يلازمونني ، او قال بع فاني احتاج الى نفقة عيالي ، ففي هذه الصور ليس له ان يبيع بالنسيئة اه يعني اتفاقا — وكذا لو لم يكن في اللفظ ما يدل على البيع بالنقد لكن دلت عليه القرينة الحالية كما صرّح به في التنوير حيث قال : وان لحاجة لا يجوز يعني البيع بالنسيئة كالمرأة اذا دفعت غزلاً الى رجل ليبيعه لها ويتعين النقد اه قال في شرحه المنح وبه يفتى وهو مذكور في الخلاصة وكثير من المعتبرات — كان الموكل قال بعه فأني محتاج الى ثمنه وهو لو صرح بذلك لم يجز بيعه نسيئة كما في المنتقى وينبغي ان يكون الحكم كذلك في كل موضع قامت الدلالة على الحاجة ، وقد افتيت بذلك في جندي عيّنه السلطان للسفر الى مكان بعيد يحتاج الى مصرف كثير فوكل رجلاً ببيع غلاله فباعها نسيئة فكتبت في رقعة الفتوى لم يجز ذلك لوجود الدلالة الظاهرة على ارادة خلافه والله اعلم اه

اقول والظاهر انه يقال مثله لو باع الوكيل بالعرض او بالغبن الفاحش فأنه وان كان الوكيل بالبيع المطلق يملكه على قول الامام المأخوذ به وعليه المتون الا انه لا بد من تقييده بما اذا لم توجد قرينة لفظية او حالية تدل على التقييد بكون البيع بالنقد او بثمن المثل فان بيع المرأة لحاجة الى النفقة كما هي قرينة حالية على ارادتها التوكيل بالبيع حالاً — كذلك هي قرينة على ارادتها البيع بالنقد لا بالعرض لان البيع بالعرض لا يدفع حاجتها — وكذا لو قال اني اخشى ان اغبن في بيع سلعتي فاريد ان تبيعها برأيك صيانة لي عن ضياع مالي ، فان الظاهر

اه ليس له بيعها بالغبن الفاحش بقيام القرينة اللفظية على تقييد التوكيل بالبيع بثمن المثل ولا ينبغي التوقف في الافتاء بهذا لأنه ليس التوكيل حينئذ ببيع مطلق بل ببيع مقيد بثمن المثل و بالنقد لا بالعرض. ثم رأيت في الهندية عن القنية وكله ببيع متاعه فقال بكم ابيعه ، فقال انت اعلم بذلك وبثمنه فباعه بثمن حقير فله الرد وبه يفتى اه

﴿ تنبيه ﴾

لو اختلف الموكل والوكيل فيما عينه الموكل فالقول للموكل سواء كانت اختلافهما بالتقييد والاطلاق او في تعيين القيد .

فالاول: بان باع الوكيل نسيئة فقال الموكل امرتك بالبيع نقداً وقال الوكيل بل اطلقت او باع نسيئة بغير كفيل فقال وكلتك بالبيع بكفيل وقال الوكيل اطلقت .

والثاني : بان ادعى الموكل تعيين شيء وادعى الوكيل تعيين آخر كما اذا باع الوكيل بخمسماية فقال الآمر امرتك بالف او قال امرتك بدينار او بحنطة او او شعير او باعه بنسيئة فقال امرتك بالحال ، فالقول في هذا كله قول الآمر و كذا هذا في النكاح والاجارة لان الامر يستفاد من جهته ولا دليل يدل على الاطلاق ولا على ما عينه الوكيل افاده في البحر

المادة ١٤٩٩ - ﴿ ليس للوكيل ان يبيع نصف المال الذي في تبعيضه ضرر وان لم يكن فيه ضرر فله ذلك ﴾

المراد ان بيع الوكيل نصف ما في تبعيضه ضرر او ربعه او شقصاً منه كالدار والدابة والثوب تتوقف صحته على بيع الباقي قبل ان يخاصمه الموكل في ذلك فان باع الباقي قبل المخاصمة ، صح البيع والا بطل . اما البطلان فلان فيه ضرر الشركة وهو غير متعارف او هو عيب تنتقص به القيمة فلا يدخل تحت الأمر المطلق . واما توقفه على بيع الباقي قبل المخاصمة فلان بيع النصف قد يقع وسيلة

الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقي بعده فكان كشراء الوكيل بالشراء حيث يتوقف شراؤه على شراء الباقي قبل المخاصمة اجماعاً كما تقدم في المادة ١٤٨٠ — بخلاف المكيل والموزون ونحوهما لانه لا ضرر في تبعيضه ولا تنقص قيمته في ذلك . وهذا قولها وقال ابو حنيفة رحمه الله تعالى يصح بيع ما في تبعيضه ضرر ولا يتوقف لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مجتمعا ومتفرقاً كما يجوز بيع المكيل والموزون كذلك ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه اولى ان يجوز

والفرق لابي حنيفة بين الوكيل بالبيع والوكيل بالشراء ان في الشراء تتحقق تهمته انه اشتراه لنفسه على ما مر بيانه في شرح المادة ١٤٨٠ اه ملخصاً من الزيلعي قال وقولها استحسان والقياس ما قاله ابو حنيفة اه وحيث كان قولها الاستحسان مشت عليه المجلة كما ترى وان كانت المتون على قول ابي حنيفة لان الاستحسان مقدم على القياس

✻ فرع ✻

اذا وكل رجلاً بعدل زطي او جراب هروي يبيعه له فان باع العدل جملة صفقة واحدة بمثل قيمته او اقل مما يتغابن الناس فيه ، يجوز في قولهم جميعاً وان باع باقل من قيمته بحيث لا يتغابن الناس في مثله فالمسئلة على الاختلاف . واما اذا باع ثوباً ثوباً حتى اتى على جميع العدل ان كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة يبلغ ثمن جميع العدل لو باع العدل جملة او اقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث يتغابن الناس في مثله ، فانه يجوز عندهم جميعاً . وان كان ثمن ما باع بصفقات متفرقة بلغ ثمن جميع العدل لو باع العدل جملة او اقل من ثمن الكل لو باع جملة بحيث لا يتغابن الناس بمثله ، لا شك انه يجوز على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . واما على قولها فقد اختلف المشايخ قال بعضهم انه لا يجوز ومنهم من قال يجوز على قولها . واما اذا باع ثوباً واحداً ولم يبع الباقي ذكر ان على قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى يجوز سواء اضر بالباقي ضرراً لا يتغابن الناس في مثله او يتغابن الناس في مثله . وعلى قولها ان كان لا يضر بالباقي او اضر بالباقي ضرراً يتغابن الناس في

مثله بأن كان يدخل تحت تقويم المقوّمين ، يجوز وان كان لا يتغابن الناس في مثله لا يجوز

وهذا الذي ذكرنا في الثياب واما اذا امره ببيع مكيل او موزون في وعاء فباع البعض ولم يبع الباقي يجوز عندهم جميعاً كذا في الهندية عن المحيط . رجلان وكلا رجلاً ببيع عبد لهما فباع الوكيل نصفه وقال الوكيل هو نصف فلان فهو جائز وان لم يبين عند البيع اي النصفين يبيع جاز بيعه في نصف شايع للآمرين في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ولا يجوز في قول صاحبيه رحمهما الله تعالى كذا في الخانية

المادة ١٥٠٠ - ﴿ للوكيل ان يأخذ في مقابلة ثمن المال الذي باعه بالنسيئة رهناً او كفيلاً ولا يضمن اذا تلف الرهن او افلس الكفيل ﴾

يعني مات الكفيل مفلساً وقد كان حكم القاضي ببرائة الاصيل بان تحاكم المشتري مع الوكيل المكفول له لدى قاض يرى برآئة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رحمه الله تعالى فحكم ببرآئة الاصيل ثم توى المال على الكفيل بموته مفلساً . وانما قلنا هذا لان المال لا يتوى بموت الكفيل مفلساً بل له اخذه من المكفول عنه وهو المشتري ولأن توى عليهما بأن مات كل منهما مفلساً فهذا التوى ليس سبباً عن اخذ الكفيل حتى يتوهم انه موجب للضمان بخلاف التوي الذي يحصل بعد حكم القاضي ببرائة الاصيل فانه مسبب عن اخذ الكفيل اذ لولاه لما حصل فربما يتوهم انه موجب للضمان لكنه ايضاً لا يوجبه كما لا يوجبه اخذ الرهن الموجب تلفه لتلف الثمن اذا ساوت قيمة الثمن . وهذا لان الوكيل اصيل في الحقوق . وقبض الثمن منها . والكفالة توثق . والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكها واذا كان يملكها لا يضمن للموكل ما هلك من الثمن لهلاك الرهن او لتوي المال على الكفيل لان الجواز الشرعي ينافي الضمان كما مر في

المادة ٩١ ، ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان امانة في يده بعد القبض فكذا الرهن . وهذا بخلاف الوكيل بقبض الدين فانه لا يملك اخذ الرهن به اتفاقاً لانه يقبض الدين نيابة حتى اذا نهاه عن القبض صح نهيه وقد استنابه في قبض الدين دون الرهن . واما الوكيل بالبيع فيقبض الثمن اصالةً لا نيابةً ولهذا لا يملك حجره عن القبض حتى لو هلك الرهن في يده بعد الحجر سقط الثمن عن المشتري اذا كانت قيمة الرهن مساوية للثمن ويظهر هذا السقوط في حق الموكل اه ملخصاً من الزيلعي والدر وحواشيه وغيرها . وكذا لا يملك الوكيل بقبض الدين اخذ كفيل به لما قلنا في الرهن على ما في الهداية وشروحها — لكن قال في البحر هو مخالف لما في الخلاصة والبزازية من ان الوكيل بقبض الدين له اخذ الكفيل فيحمل كلام الهداية على اخذ الكفيل بشرط براءة الاصيل فانها حينئذ حوالة وهو لا يملكها ، لما في البزازية ولو اخذ به كفيلاً بشرط البراءة فهو حوالة لا يجوز للوكيل بقبض الدين قبولها اه

قلت وفي الهندية ما يؤيد كلام البحر فانه نقل في فصل في احكام التوكيل بتقاضي الدين وقبضه من الباب السابع من كتاب الوكالة عن الحاوي ما نصه : وليس للوكيل بقبض الدين ان يهب الدين للغريم او ان يؤخره او ان يبرئه منه او ان ياخذ رهناً ولو اخذ منه كفيلاً بالمال جاز فان كان اخذ الكفيل على ان يبرأ الغريم لم تجز البراءة ولو اخذ الطالب منه كفيلاً لم يكن للوكيل ان يتقاضى من الكفيل اه

ثم حيث كان الوكيل بقبض الدين لا يملك اخذ الرهن فاذا اخذه فضاع في يده ، لا يسقط من دين الموكل شيء ولا ضمان على الوكيل كما في البحر عن البزازية . وذكر في الهندية عن المحيط تفصيلاً فقال فان هلك الرهن في يد الوكيل هل للمطلوب ان يضمنه الاقل من قيمته ومن الدين فهذا على وجهين

الاول ان يقول الوكيل امرني الطالب بقبض الرهن فدفع المطلوب اليه رهناً ففي هذا الوجه له ان يضمنه . ذكر المسئلة في الاصل مطلقاً وذكر شيخ الاسلام في شرحه فقال ان كذبه المطلوب في الوكالة او سكت او صدقه وشرط عليه الضمان له ان يضمنه وان صدقه ولم يشرط عليه الضمان فليس له ان يضمنه

الوجه الثاني اذا قال الوكيل لم يأمرني بأخذ الرهن ومع ذلك دفع اليه المطلوب رهناً وهلك في يد الوكيل لا ضمان على الوكيل اه

واعلم ان الوكيل بالبيع اذا اخذ بالثمن رهناً انما لا يكون ضامناً اذا هلك الرهن في يده اما لو رده للراهن فانه يضمن للموكل الاقل من قيمته ومن الثمن لان رده الرهن يجوز ، وان كان اخذ الرهن يقع للموكل وعند ابي يوسف لا يصح رده ذكره في البحر عن المعراج . والخلاف المذكور جار ايضاً في الوكيل بالبيع اذا وهب الثمن من المشتري او ابرأه او حط منه فانه يجوز عند الطرفين ويضمن الوكيل كل الثمن لموكله في الحال . وعند ابي يوسف لا يجوز اذ لا ملك له والمالك لم يامره بما فعل . ولهما ان حقوق العقد راجعة الى العاقد . وهذه التصرفات من حقوقه فيملكها . ودفع الضرر حاصل بتضمينه في الحال على جه الكمال و كذا الخلاف جار فيما لو اجله على ما اختاره في الملتقى افاده في مجمع الانهر . وسياتي الكلام على اقالة الوكيل بالبيع في المادة ١٥٠٥ ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٤٩٤ عن الهندية من انهم اجمعوا ان الثمن لو ديناً مقبوضاً او عيناً فوهبه للمشتري لا يصح وقدمنا في شرح المادة ١٤٦١ عن الدر وحواشيه والبحر ، ان الموكل لو نهى الوكيل عن تسليم المبيع قبل قبض الثمن يكون نهيه باطلاً عندهما خلافاً للثاني وهذا اذا كان المبيع في يد الوكيل امااذا كان في يد الموكل وابى عن التسليم حتى يقبض الثمن فله ذلك ولو ان الموكل نهاه عن البيع حتى يقبض الثمن لم يجز بيعه حتى يقبض الثمن من المشتري ثم يقول بعتك بهذه الدراهم التي قبضتها منك اه

المادة ١٥٠١ — ❊ ليس للوكيل ان يبيع بلا رهن ولا كفيل اذا قال له موكله بع بالكفيل او بالرهن ❊

سواء اكده بالنفي اولم يؤكد . واذا قال برهن ثقة لم يجز الا برهن يكون في قيمته وفاء بالثمن او تكون قيمته اقل بمقدار ما يتغابن فيه واذا اطلق جاز

بالرهن القليل هندية عن المحيط ٠ وفيها الموكل اذا شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه بان كان ينفعه من كل وجه فانه يجب على الوكيل مراعاته اكده بالنفي او لم يؤكده كما اذا قال بعه بخيار فباعه بلا خيار لا يجوز وان شرط في العقد شرطاً لا يفيد اصلاً بل يضره ، لا تجب على الوكيل مراعاته اكده بالنفي او لم يؤكده كما اذا قال بعه بالف نسيئة او قال لا تبعه الا بالف نسيئة فباعه بالف نقد يجوز على الآمر واذا شرط شرطاً مفيداً من وجه ولا يفيد من وجه ان اكده بالنفي تجب مراعاته كما اذا قال بعه في سوق كذا فباعه في سوق آخر فان لم يؤكده بالنفي ، ينفذ على الآمر وان اكده بالنفي ، لا ينفذ على الآمر وكذا لو قال بع عبدي هذا واشهد او بعه بشهود فباع ولم يشهد ، جاز ولو قال لا تبع الا بشهود او قال وكلتك ببيعه على ان تشهد فباعه ولم يشهد لم يجز اه ٠ وفيها لو وكله وامره ان يشترط الخيار ثلاثة ايام للآمر فباع وشرط الخيار للآمر نفذ تصرفه عليه ويثبت الخيار له وللآمره ولو كان آمره امره بالبيع مطلقاً فباع وشرط الخيار للآمر او للاجنبي صح اه

المادة ١٥٠٢ — ❊ لا يجبر الوكيل بالبيع على اداء الثمن اي ثمن المال الذي باعه من ماله اذا لم يأخذ ثمنه من المشتري ❊

بخلاف الوكيل بالشراء فانه اذا لم يكن اخذ الثمن من الموكل يطالب بدفعه من ماله كما في الخانية — وكذا لا تصح كفالته اي بالبيع بالثمن لموكله كما لا تصح كفالة المضارب لرب المال بالثمن فيما باعه ، لان حق القبض لهما بجهة الاصالة في البيع ولهذا لا يسقط حقهما في القبض بموت الموكل ورب المال ولا بالعزل ٠ وكذا جاز ان يكون الموكل وكيلاً عن الوكيل ، ورب المال عن المضارب ٠ وللوكيل والمضارب عزله لرجوع الحقوق اليهما — بخلاف الرسول بالبيع فان كفالته بالثمن عن المشتري صحيحة لعدم تعلق الحقوق به كما قدمناه ولهذا لو كفل الوكيل بتزويج المرأة المهر لها صح لكونه سفيراً ومعبراً ، وبخلاف ما لو وكل البائع

رجلاً بقبض الثمن فكفل به الوكيل فانه يصح لان قبضه ليس حقاً من حقوقه بل هو نائب فيه عن الموكل ولهذا يملك بعد التوكيل منعه عن القبض ثم الوكيل بالبيع لو كفل بالثمن لموكله ، ثم ضمنه له يعني دفعه اليه بناء على كون كفالته صحيحة ، فله الرجوع عليه بما دفعه اذ لا عبرة بالظن البين خطاؤه وما لو دفعه اليه بغير ضمان جاز ولا يرجع لانه متبرع بدفعه . هذا ما كتبناه في شرح المادة ٦٣٣ نقلاً عن البحر وجامع الفصولين وفيه من السابع والعشرين الوكيل بالبيع لو لم يقبض ثمن المبيع حتى لقي الموكل فقال بعت ثوبك لفلان وانا اقضيك الثمن عنه فهو متطوع ولا يرجع على المشتري ولو قال اقضيكه على ان يكون الثمن الذي على المشتري لي ، لم يجز ويرجع الوكيل على موكله اذا دفع اه .

المادة ١٥٠٣ — ﴿ اذا قبض الموكل ثمن المبيع يصح وان كان القبض حق الوكيل ﴾

قال في الهداية واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه ، لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالب به المشتري ثانياً لان نفس الثمن المقبوض ، حقه وقد وصل اليه فلا فايدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه . ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين تقع المقاصة ولو كان عليهما له دين تقع المقاصة بدين الموكل ايضاً دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده تقع المقاصة عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لما انه يملك الابراء عنه عندهما ولكنه يضمنه للموكل في فصلي الابراء والمقاصة اه

وهذا في غير الصرف واما في الصرف فقبض الموكل لا يصح لان جواز البيع في الصرف ، بالقبض فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول ولو ثبت للوكيل حق القبول وقبل الموكل لم يجز فكذا اذا ثبت له حق القبض وقبض الموكل

كذا في العناية وغيرها . وافاد في الخانية ان الوكيل بالبيع لو لم يسلم المبيع للمشتري حتى هلك في يده بطلت المقاصة ولا ضمان على الوكيل لموكله اي لانه بالهلاك انفسخ البيع من اصله . وذكر في التكملة عن الذخيرة ان مثل المقاصة في جانب الوكيل يقال فيما اذا باعه من داينه بدينه فانه يصح ويبرئ ويضمن الوكيل للموكل اه . وفي الهندية من الباب الثالث الوكيل ببيع العبد اذا باع ثم اقر الوكيل ان موكله قبض الثمن من المشتري كان القول قوله مع يمينه ويبرأ المشتري عن الثمن فاذا حلف الوكيل ، لا ضمان عليه وان نكل ضمن الثمن للموكل . ولو اقر الوكيل ان الموكل استقرض الفا من المشتري او اغتصب منه الفا قبل الشراء برئ المشتري من الثمن وضمن الوكيل الثمن للآمر في قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ثم يحلف الموكل عندهما فان ابى ، برئ الوكيل وان حلف ، ضمنه ولو اقر ان الآمر اغتصب او استقرض منه الف درهم بعد الشراء كان القول قوله مع يمينه وكذا لو اقر ان الموكل جرح المشتري بعد الشراء او قبله جراحة ارشها الف درهم حال في ماله يعني انها عمد ، فهو كالاقرار بالابراء وكذا لو كان المشتري امرأة فاقر الوكيل ان الموكل تزوجها على الف مثل الثمن ودخل بها واقرت المرأة بذلك وانكر الآمر . وكذا لو اقر ان الآمر استأجر المشتري بمال هو مثل الثمن واوفاه المشتري عمله حتى صار الثمن قصاصاً بالاجر . وكذا لو اقر على الآمر انه اشترى مائة دينار من المشتري بالثمن وانه قبض الدنانير اه وتمامه فيها وذكر لهذه المسائل ضابطاً فليراجع

المادة ١٥٠٤ — ✻ اذا كان الوكيل بغير اجرة فلا يكون مجبوراً على استيفاء ثمن المال الذي باعه ولا على تحصيله ولكن يلزم ان يوكل موكله على قبض الثمن وتحصيله اذا لم يحصله برضائه واما الوكيل بالبيع باجرة كالدلال والسمسار فهو مجبور على تحصيل الثمن واستيفائه ✻

قدمنا في شرح المادة ١٤٦١ عن الدر وحواشيه ان الحقوق التي تتعلق بالوكيل منها ما هو له وليس بواجب عليه لانه متبرع لكن يوم من أن يوكل بها الموكل كقبض المبيع وقبض الثمن والمخاصمة في العيب والرجوع بثمن المستحق . ومنها ما هو عليه كتسليم الثمن والمبيع ونحوهما فهذه يجبر عليها بطلب البائع او المشتري او نحوهما . وفي الاشباه ولا يجبر الوكيل بغير اجر على تقاضي الثمن وانما يحيل الموكل اه ونقل شارحه الحموي عن الخانية مثله . ثم قال وذكر المصنف في الفن الثالث فيما افترق فيه الوكيل والوصي ، انه لو استأجر الموكل الوكيل فأن كان على عمل معلوم صحت ، والا لا اه . وفي شرح المجمع للعلامة ابن الضياء بعد كلام : واما الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فيجعل كاجارة صحيحة بحكم العادة ويجبر على التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله كالمضارب اذا كان ربح . ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين لم يجز لأنه امين اه . ما ذكره الحموي . ثم اذا وكل وكيل موكله بقبض الثمن بغير الزام ولا مخاصمة يجوز له عزله وان كان وكله بالزام القاضي اياه بعد ان خاصمه الموكل لا يجوز له ذلك كما في التكملة .

المادة ١٥٠٥ - ﴿ الوكيل بالبيع له ان يقبل البيع بلا اذن موكله ولكن لا تنفذ هذه الاقالة في حق موكله ويلزم الوكيل اعطاء الثمن للموكل ﴾

ويسقط الثمن عن المشتري عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند الثاني لا يسقط عن المشتري لانه اضرار بالموكل فيبقى الثمن للموكل في ذمة المشتري الا ان الاقالة لما كانت عنده بيعاً ، صار الوكيل مشترياً لنفسه المبيع من المشتري فكان الوكيل مديوناً للمشتري بمثل الثمن . ولهما انه عاقد فيصح تصرفه فيضمن الثمن للموكل افاده في الملتقى وشرحه مجمع الانهر والتقييد بالبيع لان الوكيل بالشراء لا يملك الاقالة اجماعاً كما تقدم في المادة (١٤٩٣) وشرحها ، وظاهر اطلاق هذه المادة تبعاً لمتن الملتقى والبزازية وغيرهما ، انه لا فرق في صحة اقالة

وكيل البيع وضمانه الثمن للموكل ، بين ان تكون اقالته قبل قبض الثمن او بعده وهو الذي عول عليه الخير الرملي في الفصل ٢٧ من حاشيته على الفصولين موفقاً بين هذا وبين قول الفصولين: الوكيل بالبيع لو قبض الثمن لا يملك الاقالة اجماعاً اه وبين قول الظهيرية : وانما يضمن الوكيل بالبيع اذا اقال بعد قبض الثمن اما قبله فيملكها في قول محمد اه ، بان معنى قول الفصولين لا يملكها اجماعاً ، اي على الموكل فلا يعود المبيع الى ملكه وتصح الاقالة عليه ، ومعنى قول الظهيرية فيملكها في قول محمد ، اي على الموكل فيعود المبيع الى ملكه .

فتحصل من هذا ان اقالته تصح عند الامام قبل القبض وبعده ويضمن عند محمد يملكها قبله على الموكل فتصح ولا يضمن . وبعده تصح ويضمن وعند ابي يوسف لا تصح مطلقاً ولا يضمن اه . قال في رد المحتار بعد نقله وهو توفيق لطيف . ثم نقل عن البزازية والقنية ، ما هو صريح بان قول محمد كقول الامام قبل قبض الثمن وبعده . ثم قال ولعل ما في الظهيرية رواية اخرى عن محمد .

اقول : لكن ذكر الداماد في مجمع الانهر عند قول الملتقى ولو اقال الوكيل بالبيع البيع صح وسقط الثمن عن المشتري ولزم الوكيل الخ ما نصه : هذا اذا لم يقبض الثمن فلو قبضه ثم اقال لا يصح — وكذا اذا كان على الوكيل دين لرجل فاحاله على المشتري ليأخذ الثمن ثم اقال لا يصح كما في شرح المجمع اه . فان هذا لا ينطبق على شيء مما تقدم ويهدم ما ذكر من التوفيق وان كان هو المسلم وقد يشهد لما في مجمع الانهر ما في الخانية ، الوكيل بالاجارة اذا ناقض الاجارة مع المستأجر قبل استيفاء المنفعة جازت مناقضته سواء كانت الاجرة ديناً او عيناً — الا ان يكون الوكيل قبض الاجر فحينئذ لا تجوز مناقضته ، لان المقبوض صار ملكاً للموكل وثبتت عليه يد الموكل بيد الوكيل فاما قبل القبض ان كان الاجر عيناً لم يصر ملكاً للموكل بنفس العقد وعند اشتراط التعجيل لم تثبت عليه يد الموكل اه فان الثمن في مسئلة البيع كالاجرة في مسئلة اقالة الاجارة فما قيل في هذه من ان المقبوض صار ملكا للموكل يقال في تلك وعليه تكون اقالة الوكيل بعد قبض الثمن ، غير صحيحة عليه ولا على الموكل كما لو قال اجنبي تأمل

لكن قد علمت ان المعول عليه في الفتوى هو قول ابي حنيفة وقول محمد في احدى

الروايتين عنه وهو صحة اقالة الوكيل وضمانه الثمن سواء اقال قبل القبض او بعده وهو الذي يقتضيه اطلاق هذه المادة فتدبر قال في رد المحتار وبه يظهر وجه فرع ذكره في البحر عن القنية لو باعت ضيعة مشتركة بينهما وبين ابنها البالغ واجاز الابن البيع ثم اقالت واجاز الابن الاقالة ثم باعتها ثانياً بغير اجازته يجوز ولا يتوقف على اجازته لان بالاقالة يعود المبيع الى ملك العاقد لا الى ملك الموكل والمجيز اه قال وبظهر مما ذكرنا ان اقالة المتولي والوصي البيع فيما تقدم تصح عليه ويضمن اه

الفصل الرابع

﴿ في بيان المسائل المتعلقة بالمأمور ﴾

المادة ١٥٠٦ = ﴿ اذا امر احد غيره باداء دينه الذي هو لاحد او لبيت المال واداه المأمور من ماله رجع بذلك على الآمر شرط الآمر الرجوع او لم يشترط يعني سواء شرط الآمر رجوع المأمور بتعبير كقوله ادّ ديني على ان اؤديه لك بعد او اوف ديني و بعده خذه مني او لم يشترط ذلك بأن قال ادّ ديني فقط ﴾

جملة مسايل رجوع المأمور على الآمر اربعة اقسام

الاولى ما يرجع به المأمور على الآمر مطلقاً

الثاني ما يرجع به ان كان صيرفياً او خليطاً له او في عياله

الثالث ما يرجع ان قال عني

الرابع ما لا رجوع فيه الا بشرط الرجوع فاذا قال اقض ديني او نائبتي ، او اكفل لفلان بألف عليّ ، او انقدم الفاً عليّ ، او اقض ماله عليّ ، او انفق على عيالي

او في بناء داري ، يرجع مطلقاً شرط الرجوع اولا قال عني اولا . ولو قال ادفع الي فلان كذا او اقض فلاناً كذا ولم يقل عني ولا على اني ضامن ولا على انها لك علي فان كان المأمور شريكاً للآمر او كان خليطاً له او صيرفياً او احدهما في عيال الآخر يرجع اعتباراً للعرف . وان لم يكن كذلك لا يرجع ما لم يقل له الآمر ادفع عني او على اني ضامن . ولو قال هب لفلان عني الفاً او اقرضه الفاً او عوضه عن هبته لي او كفر عن يميني بطعامك ، او اد زكاة مالي بمالك ، او احج عني رجلاً ، او اعتق عني عبداً عن ظهاري ، فلا رجوع الا بشرط الرجوع وان كان المأمور خليطاً او قال عني . افاده في تنقيح الحامدية من الكفالة وتمامه فيها . وفي الهندية ان اشتراط الضمان بان قال علي اني ضامن كصريح اشتراط الرجوع وقدمنا بعض هذا في شرح المادة ٦٥٧ وسياتي ذكر الاقسام الثلاثة في المادة ١٥٠٩ وفي شرحها والقسم الاول من الاقسام الاربعة هو المذكور في هذه المادة وفي المادة ١٥٠٨ الآتية وذكر في الحامدية عازياً للخانية رجل قال لغيره وليس بخليط له ادفع الى فلان الف درهم فدفع المامور لا يرجع به على الآمر لكن يرجع به على القابض قال : لانه لم يدفع المال اليه على وجه يجوز دفعه اه فليحفظ

تتمة

قال في البحر اول الوكالة ما نصه : لو ادعى المامور انه ادى الدين وكذبه الآمر والطالب ولا بينة له ، فالقول قولهما مع اليمين ويحلف الطالب على البتات والآمر على نفي العلم وان صدقه الموكل دون الطالب رجع المامور عليه بما صدقه به ويرجع الطالب ايضاً على الآمر بدينه وهو الاشبه كما في البدايع اه

اقول ويخالفه ما نقلناه في شرح المادة ١٤٥٩ عن البحر ايضاً امره بقضاء دينه يعني من ماله اي المامور فقال قضيت وصدقه الآمر ثم حلف الداين على عدم وصوله اليه واخذ الدين من الآمر ، لا يرجع المامور على الآمر — حتى لو كان الآمر دفع للمأمور ما صدقه بدفعه رجع به عليه لان الآمر كذب في اقراره حيث قضي عليه بالدين اه وتمامه فيما ذكرناه هناك فراجعه . وفي فتاوي علي افندي

بعد نقل العبارة الاولى عن البحر ما نصه والمذكور في الذخيرة والبزازية الثاني فقط اه قلت وكذا نقل في الهندية عن البحر العبارة الثانية فقط وهي رواية الجامع وبها افتى ابن نجيم كما نقل فتواه بذلك في فتاوي علي افندي قبل هذا فليراجع . ولو ادعى المودع انه امره بدفعها الى فلان و كذبه صاحبها فالقول له انه لم يامره وقد وقعت حادثة الفتوى : دفع الى آخر مالاً ليدفعه الى آخر ثم اختلفا في تعيينه فقال الآمر امرتك بدفعه الى زيد وقال المامور الى عمرو وقد دفعت له فاجبت بان القول قول الوكيل لانهما اتفقا على اصل الاذن فكان اميناً اه بحر . ولو ان الآمر جحد القضاء فاقام المامور بينة على القضاء ليرجع بذلك على الآمر ورب الدين غائب قبلت بينته حتى لو حضر وانكر القبض لا يلتفت الى انكاره كذا في الهندية عن المحيط . وفيها عن الفتاوى الصغرى امر غيره بان يقضي ديناً عليه لفلان فقضاه ثم جاء الى الآمر ليرجع عليه فقال الامر للمأمور ما كان لفلان علي دين ولا امرتك ان تقضيه ولا انت قضيت شيئاً والداين غايب فاقام المأمور البينة على الدين والآمر بالقضاء فان القاضي يقضى بالمال على الامر للغايب وبالرجوع للمأمور على الامر، وان كان صاحب الدين غايباً اه وفيها عن شرح الطحاوى اذا دفع الى رجل مالاً بدفعه الى آخر فذكر انه دفعه اليه و كذبه في ذلك الآمر والمامور له بالمال فالقول قوله في برائة نفسه عن الضمان والقول قول الاخر انه لم يقبض ولا يسقط دينه عن الآمر ولا تجب اليمين عليهما جميعاً وانما تجب على الذي كذبه دون الذي صدقه فان صدق المأمور في الدفع فانه يحلف الاخر بالله ما قبض فان حلف ، لا يسقط دينه وان نكل ، سقط وان صدق الاخر انه لم يقبضه و كذب المأمور فانه يحلف المأمور خاصة لقد دفعه اليه فان حلف بري٠ وان نكل لزمه ما دفع اليه . ولو كان المال مضموناً على رجل كالمغصوب في يد الغاصب او الدين فامره صاحب الدين او المغصوب منه بان يدفعه الى فلان فقال المأمور قد فعلت ذلك وقال فلان لم اقبض لا يصدق المأمور يعني الغاصب او المديون على الدفع الا ببينة الا اذا صدقه الآمر في الدفع فحينئذ يبرأ عن الضمان ولا يصدقان على القابض والقول قوله انه لم يقبض مع يمينه . ولو كذب الآمر المامور في الدفع وطلب المامور يمينه يحلفه على العلم ما يعلم انه دفع فان حلف

اخذ منه الضمان وان نكل سقط عنه الضمان اه

المادة ١٥٠٧ - ﴿المأمور بايفاء الدين من ماله بدراهم مغشوشة اذا ادى الدين دراهم خالصة يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة والمامور بايفاء الدين دراهم خالصة اذا ادى الدين دراهم مغشوشة يأخذ من الآمر دراهم مغشوشة ايضاً ولو باع المامور بايفاء الدين ماله للداين وقاصه بدين الآمر يأخذ من الآمر مقدار الدين وليس للآمر المدبون ان يحط الزيادة من دينه وان كان المأمور قد باع ماله للداين باز بد من ثمن مثله﴾

تضمنت هذه المادة مسئلتين الاولى ان المأمور بايفاء الدين اذا قضى اجود مما امر به يرجع بمثل ما امر به ولو قضى اردأ مما امر به يرجع بمثل ما ادى وبه صرح في الهندية عن الذخيرة وهذا بخلاف الكفيل بالمال فانه يرجع بما ضمن لا بما ادى حتى لو كان الدين زيوفاً فادى عنها جياداً فانما يرجع بالزيوف او كان الدين جياداً فادى عنه زيافاً وتجوّز الطالب بها يرجع بالجياد

والفرق ان الكفيل يرجع بحكم الكفالة وحكمها انه يملك الدين بالاداء فيرجع بصفة الدين والمأمور يرجع بحكم الامر فيرجع بما ادى لانه لم يملك الدين بالاداء وقد تقدم هذا في المادة ٦٥٧ وشرحها .

الثانية ان المأمور بايفاء الدين من ماله يجوز له بيع عرض له او نحوه من الدائن ويجعل ثمنه قصاصاً عن دين الآمر ولا يكون بذلك متطوعاً . وفي الهندية عن المبسوط دفع الى رجل الف درهم وقال ادفعه الى فلان قضاء عني دفع الوكيل غيره واحتبسه عنده كان القياس ان يكون متطوعاً ويرجع الالف الذي احتبسه عنده الى الموكل . وجه الاستحسان ان مقصود الآمر تحصيل البراءة

لنفسه ولا فرق في هذا بين الالاف المدفوع الى الوكيل وبين مثله من مال الموكل ثم نقل فيها عن المحيط رجل دفع الى رجل الف درهم وامره ان يعطيه غريمه فاعطاه المأمور غيره من عنده او باعه به ثوبا او كان عليه للمأمور الف درهم فجعله قصاصا منه ؛ فهذا كله جايز ولا يكون متطوعا فيما ادى . وان دفع اليه غلاما وقال بعه واعط فلانا ثمنه قضاء له مما له علي " فاعطاه من عنده مثل ثمن الغلام قبل ان يبيعه قضاء بماله على رب الغلام فهو متطوع في هذا اه

﴿ فائدة ﴾

في نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله تعالى رجل امر رجلا بقضاء دينه . ثم ان الآمر قضى دين الطالب من ماله . ثم المأمور دفع اليه المال فان المأمور يرجع بما دفع على القابض ولا يرجع به على الآمر فقد ثبت العزل بدفع الآمر حتى لم يثبت للمامور حق الرجوع على الآمر ولم يشترط علم المامور بدفع الآمر وذكر هذه المسئلة في وكالة الاصل وشرط علم المأمور بدفع الآمر . وان اقام المأمور بينة على انه كان قضاه بعد الامر قبل قضاء الآمر فللدافع ان يرجع بماله ان شاء على القابض وان شاء على الآمر — كذا في الهندية عن المحيط

المادة ١٥٠٨ = ﴿ اذا امر احد آخر ان يصرف عليه او على اهله وعياله يأخذ مصروفه بقدر المعروف من الآمر وان لم يكن اشترط رجوعه بقوله اصرف وبعده انا اعطيك مصروفك كذلك لو امره بانشاء داره فانشأها المامور يأخذ ما صرفه بقدر المعروف من الآمر وان لم يشترط رجوعه ﴾

قوله بقدر المعروف متعلق باسم المفعول وهو مصروفه وقوله من الآمر متعلق بقوله يأخذ يعني ان المامر بالصرف والانفاق من ماله يرجع على الآمر بما صرفه

سواء شرط الرجوع او لا قال عني او لا كان المامور خليطاً للآمر او لا فهو كالمامور بايفاء الدين كما تقدم في المادة ١٥٠٦ وشرحها — لكن انما يرجع بالنفقة المعروفة بين الناس لا بما زاد على ذلك لان الامر بالانفاق امر بالشراء كما في الخيرية اي شراء ما يلزم من طعام و كسوة وهو ينصرف الى ما يليق بحال الموكل والى ما هو المتعارف فيكون متبرعاً بانفاق ما زاد عليه وهذا كله اذا اعترف الآمر بان المامور انفق ما يدعيه اما لو انكره او انكر بعضه بان ادعى المامور انفاق الف فكذبه الآمر بخمسماية كان القول قول الآمر بيمينه وعلى المامور البينة لانه يدعي ديناً على الآمر وهذا بخلاف ما لو دفع الآمر دراهم وأمر المدفوع له بانفاقها ثم اختلفا على الوجه المشروح فان القول حينئذ يكون للمامور بيمينه لانه امين يدعي الخروج عن عهدة الامانة وقيل في هذه الصورة ايضاً القول قول الآمر لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء . والوكيل بالشراء يجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبايع كما صرحوا به فلا يقبل قوله والذي يجب ان يعول عليه هو الاول لانه وان كان كذلك غير انه بدفع الدراهم له قبل الانفاق ، امين محض لانه لم يجب عليه وقت الدفع شيء فالقول قوله افاده في الخيرية

المادة ١٥٠٩ = ✵ لو امر احد آخر بقوله اعط فلاناً مقدار كذا قرضاً او صدقة او عطية وبعده انا اعطيكه فاعطى ذلك يرجع على الآمر واما ان لم يشترط الرجوع بكلام كقوله انا اعطيك او خذه مني بعدا وقال اعط فقط ، ليس للمامور الرجوع وان كان رجوع المامور متعارفاً ومعتاداً لكونه في عيال الآمر او شريكه يرجع وان لم يشترط الرجوع ✵

قدمنا في شرح المادة (١٥٠٦) نقلاً عن تنقيح الحامدية ان اقسام رجوع المامور على الآمر اربعة اقسام ذكر القسم الاول منها في تلك المادة وفي المادة ١٥٠٨

وذكر منها في هذه المادة قسمان وهما القسم الثاني وهو ما يرجع به المأمور اذا كان رجوعه متعارفاً لكونه صيرفياً او شريكاً او خليطاً او احدهما في عيال الآخر. والقسم الرابع وهو ما لا رجوع فيه الا بشرط الرجوع. وبقي عليه القسم الثالث وهو ما يرجع به المأمور اذا قال له الآمر عني – كادفع الى فلان كذا او اقض فلاناً كذا فان المأمور يرجع به سواء اشترط الرجوع او لا واذا لم يقل عني فلا يرجع ما لم يكن رجوعه متعارفاً بان كان المأمور واحداً ممن ذكرنا. هذا وقد ذكروا لهذه المسائل اصولاً منها ما في كفالة الاشباه من الفن الثاني ونقله في كفالة الدر من قام عن غيره بواجب بامره رجع بما دفع وان لم يشترطه كالأمر بالانفاق عليه وبقضاء دينه الا في مسائل امره بتعويض عن هبته وباطعام عن كفارته وباداء عن زكاة ماله وبان يهب فلاناً عني الفاً اه. ومثله ما اذا امره ان يتصدق عنه كما في البحر. وفي استثناء الاخيرين نظر كما في الحموي لعدم دخولهما تحت قوله من قام عن غيره بواجب – وكذا ما اذا امره بتعويض هبته الا اذا كان المراد الهبة المشروط فيها التعويض

وانت تعلم ان هذا الأصل لا ينتظم حكم الرجوع بما ليس بواجب على الآمر ومنها ما في الاشباه ايضاً – وكذا في البحر والدر في كل موضع يملك المدفوع اليه المال مقابلاً بملك مال فان المأمور يرجع بلا شرط الرجوع وما لا فلا اه. واوردوا عليه الامر بالانفاق فانه يرجع بلا شرط مع انه ليس بمقابلة ملك مال وكذا الامر باداء النوائب واعترض الشارح اللبناني الايراد المذكور بان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والوكيل بالشراء لو دفع الثمن من ماله يرجع على الآمر بدون شرط اه. وهو اعتراض في غاية السقوط لان الايراد ليس على ثبوت رجوع المأمور اذ هو مسلم عندهم جميعاً وانما هو على اطراد الاصل المذكور كما هو ظاهر. ونقل الحموي عن السراج والظهيرية اصلاً آخر فقال الاصل في جنس هذه المسائل ان كلما يطالب به الانسان بالحبس والملازمة يكون الامر بادائه مثبتاً للرجوع من غير اشتراط الضمان وما لا فلا الا بشرط الضمان اه وهو منقوض بالامر بالانفاق على البناء والامر بشراء الاسير كما في البحر وغيره

ونقل في تنقيح الحامدية عن السراج ضابطاً آخر فقال ان الواجب الذي

سقط عن الآمر بدفع المأمور ان كان من احكام الآخرة فقط لم يرجع بلا شرط الرجوع لانه لو رجع لرجع باكثر مما اسقط ، وان كان من احكام الدنيا رجع بلا شرط اه وهو كما ترى خاص بما اذا كان المأمور بدفعه فيه اسقاط واجب عن الآمر فلا يشمل الامر بنحو الانفاق في بناء داره ونحوه وعن هذا ذكر في تنقيح الحامدية ان حصر مسائل الرجوع في الاقسام الاربعة المارة يستغني بها عن جميع تلك الاصول لكونها غير ضابطة .

﴿ فروع ﴾

لو قال هب لفلان عني الفاً تكون من الآمر ولا رجوع للمأمور عليه ولا على القابض وللآمر الرجوع فيها والدافع متطوع . ولو قال على اني ضامن ضمن للمامور . وللآمر الرجوع فيها دون الدافع وهو المأمور كذا في كفالة رد المحتار عن الخانية . لو اشترى الاب لولده الصغير الطعام والكسوة يرجع بثمنه عليه وان لم يشهد عليه لانه مأمور به غير متطوع فيه بخلاف شراء الدار والعقار كذا في الهندية والذي حرره في باب شهادة الاوصياء من رد المحتار ان الاب اوالوصي لو اشترى للصغير شيئاً من نفقة او دار او عقار ونقد ثمنه من ماله مع حضور مال اليتيم او غيبته ، لا يملك الرجوع به في مال اليتيم قضاء الا ان يشهد حين النقد انه نقده ليرجع به في ماله وهذا هو الاستحسان وقيل انه يشترط الاشهاد للاب وكذا للام اذا كانت وصية على أولادها لان الغالب من شفقة الوالدين الانفاق على الولد للبر والصلة لا للرجوع بخلاف الوصي الاجنبي فلا يحتاج في رجوعه الى الاشهاد . وكون القول الاول هو الاستحسان يقتضي ترجيحه . وعليه مشى صاحب التنوير قبيل باب عزل الوكيل . وهذا كله في القضاء اما في الديانة فانه اذا نقد الثمن على هذه النية وسعه الرجوع في مال الصغير فتدبر .

المادة : ١٥١ — ﴿ لا يجرى امر احد الا في حق ملكه مثلا لو قال احد لآخر خذ هذا المال والقه في البحر واخذه المأمور والقاه

في البحر حال كونه عالماً بانه مال غير الآمر فلصاحب المال ان يضمن الذي القاه وليس على الآمر شيء ما لم يكن مجبراً *

لما تقدم في المادة ٨٩ ان الفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآمر ما لم يكن مجبراً لان الآمر من حيث هو آمر ليس بمكره ولا ملزم بل هو طالب لايقاع المأمور به والفعل انما يحصل باختيار الفاعل المأمور فيضاف الحكم اليه ولان الاصل الاضافة الى العلة وهي التي عند وجودها يوجد المعلول لا الى السبب فان وجوده لا يوجب وجود المسبب نعم اذا كان السبب في معنى العلة كان قرار الضمان عليه كما اذا كان الآمر مجبراً وقادراً على ايقاع ما هدد به المأمور وكما اذا كان الآمر بالغاً عاقلاً والمأمور صبياً وكما اذا كان المأمور غير عالم بان المأمور باتلافه غير مال الآمر فانه في جميع هذه الصور يجب الضمان اولاً على المأمور لانه علة الفعل ثم يرجع هو على الآمر لانه وان كان سبباً الا انه في معنى العلة فكان قرار الضمان عليه

المادة ١٥١١ = * لو امر احد آخر باداء دينه بقوله اد ديني الذي مقداره كذا من مالك فوعده بتأديته ثم امتنع عن اداء لا يجبر على ادائه بمجرد وعده *

لان المواعيد اذا لم تكتسب صور التعاليق لا تكون لازمة فلا يجب الوفاء بها قضاء ولان الوكيل لا يجبر على فعل ما وكل فيه كما تقدم مراراً الا في مسائل ستأتي في المادة الآتية وفي المادة ١٥٢٢

المادة ١٥١٢ - * اذا كان للآمر دين في ذمة المأمور او نقد مودع عنده وامره باداء دينه منه يجبر على ادائه اما لو قال بع مالي

الفلاني واد" ديني فلا يجبر ان كان المأمور وكيلاً متبرعاً وان كان وكيلاً بالاجرة يجبر على بيع المال واداء دين الآمر ✻

لانه وصل اليه بدل عمله المستأجر عليه فيجب عليه ايفاؤه وكذا يجبر الوكيل بدفع عين لآخر كما اذا قال ادفع هذا الثوب الى فلان فيجبر على الدفع ، لان الثوب يحتمل ان يكون ملك فلان فيجب دفعه اليه كما في التكملة عن الخانية . والمراد ان تكون العين وديعة او غصباً في يد الموكل فيوكل آخر بتسليمها لصاحبها كما هو ظاهر وهل يبرأ الموكل عن عهدة ضمانها — ان كانت وديعة . ان كان الوكيل ممن يعوله الموكل او اميناً له يبرأ والا فلا كما تقدم في المادة (٧٩٥) وشرحها كما يبرأ لو كان الوكيل وكيلاً من جانب صاحبها باستلامها — وكذا يجبر الوكيل ببيع الرهن على بيعه وايفاء دين الراهن سواء كان تسليطه على بيع الرهن مشروطاً في عقد الرهن او بعده على ما هو الاصح — وكذا يجبر لو كان وكيلاً بالخصومة من المدعى عليه بطلب المدعي ، وانما يجبر الوكيل على فعل ما وكل فيه في هذه المسائل اذا غاب الموكل لئلا يتضرر الآخر . اما اذا كان الموكل حاضراً فلا ، لعدم الضرر افاده في الدر وحواشيه .

المادة ١٥١٣ — ✻ اذا اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم وقال إعطها لدائني فلان فليس لسائر غرمائه اي الآمر صلاحية ان يأخذوا من تلك الدراهم حصة وليس للمأمور ان يعطي تلك الدراهم الا للدائن الذي عينه الآمر ✻

فلو دفع لغير الذي عينه الآمر يضمن لمخالفته امر الموكل وهل له الرجوع على من دفع المال اليه او يكون متبرعاً لانه اوفى دين غيره بغير امره يحرر . وانما لم يكن للغرماء ان يحاصصوا في المال المأمور بدفعه لاحدهم لان المديون يملك

ايثار بعض الغرماء على بعض كما في الحامدية . وهذا اذا كان المديون غير مريض مرض الموت والا فلباقي الغرماء اذا كان الدين محيطاً ان يسترجعوا ما دفعه المريض لاحدهم ليكون تركة بينهم كما في التنوير وغيره .

المادة ١٥١٤ — ﴿ لو اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يؤدي دينه وقبل ان يعطي المأمور الدائن ذلك المبلغ ويوصله اليه لو علم موت الآمر ترجع تلك الدراهم الى تركة الآمر ويلزم الدائن ان يراجع التركة

لأنها قبل ان يقبضها لم تدخل في ملكه وبموت الموكل انعزل الوكيل كما سيصرح به المادة (١٥٢٧) فبقي المال في يده وديعة فصارت من تركة الميت فوجب على الوكيل ردها الى التركة وذلك بتسليمها لورثة الميت وان كانت التركة مستغرقة بالدين لان الوارث له اخذ ودائع الميت وقضاء دينه منها الا اذا كان الوارث ممن يخاف عليه استهلاكها فيلزمه حينئذ ان يرفع الامر الى القاضي فان دفع بلا امره ضمن كما افاده في الخانية ومثله في البحر عن جامع الفصولين وما نقله في التكملة عن البحر فيه ما فيه . وظاهر التقييد بقوله : لو علم موت الآمر انه لو مات الآمر فدفعها المأمور غير عالم بموته لا ترجع الدراهم الى التركة ولا يضمنها الآمر ، تأمل قوله ولا يضمنها الآمر لعل صوابه المأمور فتأمله مع قولهم ان الوكيل ينعزل بموت الموكل وان لم يعلم بموت الموكل وليحرر

المادة ١٥١٥ — ﴿ لو اعطى احد آخر مقداراً من الدراهم على ان يعطيها لدائنه حال كونه قد نهاه عن تسليمها بقوله لا تسلمها اليه ما لم تجعلها ظهرية بسندي الذي هو في يد الدائن او تأخذ منه وثيقة تشعر

بقبضها فاذا سلمها من دون ان يفعل كما امره وانكرها الدائن ولم تثبت قبضها واخذها الدائن ثانياً فله ان يضمنها المأمور ✻

الموكل متى شرط على الوكيل شرطاً مفيداً من كل وجه ، يجب على الوكيل مراعاته اكد بالنفي ام لا . وان كان شرطاً لا يفيده ولا ينفعه بل يضره ولا تجب مراعاته وان اكده بالنفي . وان كان شرطاً مفيداً نافعاً من وجه ضاراً من وجه . ان اكده بالنفي تجب مراعاته . وان لم يؤكده لا تجب . مثال الاول بعه بخيار فباعه بغير خيار لا يجوز لان شرط الخيار نافع مفيد من كل وجه لانه لا يزيل ملكه للحال فيجب على الوكيل مراعاته . ومثال الثاني لو قال بع هذا العبد نسيئة بالف او قال لا تبعه الا بالنسيئة بألف فباع بالنقد بألف جاز وكذا لو قال لا تبعه الا بالنسيئة فباع نقداً بثمن لا يباع باكثر منه بالنسيئة فانه يجوز لان البيع بالنسيئة على الوجه المشروح يضره وبالنقد ينفعه فلم تجب عليه مراعاته . ومثال الثالث ادفع بشهود او بحضرة فلان فدفع بغير ذلك لم يضمن . وان قال لا تدفع الا بشهود او بحضرة فلان فقضاه بغير شهود او بغير حضرة فلان يضمن كذا في التكملة عن المحيط وعن الذخيرة ومثله في الهندية . وفي الدر قال بعه بشهود او برأي فلان او علمه او معرفته وباع بدونهم ، جاز بخلاف لا تبع الا بشهود او الا بحضر فلان به يفتى . وبه علم حكم واقعة الفتوى دفع له مالاً وقال اشتر لي زيتاً بمعرفة فلان فاشترى بلا معرفته فهلك الزيت لم يضمن اي لعدم وجوب مراعاة شرطه فكان في يده امانة بخلاف لا تشتر الا بمعرفة فلان فليحفظ اه وفي التكملة عن الكافي ولو قال لا تدفع الدين الا بحضر فلان فدفع بلا بحضره ضمن . ولو ادعى الوكيل انه دفع بحضره او قال لا تدفع الا بشهود فادعى دفعه بشهود وانكر الداين القبض حلف الوكيل انه دفع بشهود فاذا حلف لم يضمن اه وظاهره وان انكر الشهود انه اشهدهم ولم يحرر

الفصل الخامس

في حق الوكالة بالخصومة

المادة ١٥١٦ - ﴿لكل من المدعي والمدعى عليه ان يوكل من شاء بالخصومة ولا يشترط رضا الآخر﴾

التوكيل بالخصومة جائز عند الامامين سواء كان الموكل طالباً او مطلوباً شريفاً او وضيعاً رضي به الخصم اولا حاضراً كان الموكل او مسافراً مخدرة اولا يحسن الدعوى او لا قال في الدر وبه قالت الايمة الثلاثة وعليه فتوى ابي الليث واختاره العتابي وصححه في النهاية لان التوكيل تصرف في خالص حقه وهذا لانه وكله اما بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فاذا كان كذلك فلا يتوقف على رضى غيره كالتوكيل بتقاضي الديون بحر وعليه مشت المجلة كما ترى فلا محيد عنه . وفي البحر عن خزانة المفتين واذا وكله بالخصومة عند القاضي فلان كان للوكيل ان يخاصمه الى قاض آخر ولو وكله بالخصومة الى فلان الفقيه لم يكن له ان يخاصمه الى فقيه آخر اه قال محشيه العلامة ابن عابدين كان وجهه انه جعل هذا الفقيه حكماً فلا يكون الآخر حكماً بدون امره بخلاف القاضي الآخر فان ولايته ثابتة وان لم يامر تأمل اه وفي الهندية وكل رجلاً بالخصومة في دار وبقبضها فباع الذي في يده الدار وقبضها المشتري كان للوكيل ان يخاصم المشتري ولو كان وكيلاً بالخصومة مع فلان في هذه الدار فباعها من آخر ، لم يكن للوكيل ان يخاصم المشتري ولو وكله ان يخاصم فلاناً بهذه الدار فاذا الدار في يد غير فلان ، لم يكن له ان يخاصم غيره . وان لم يسم احداً كان له ان يخاصم من وجدت الدار في يده اه ملخصاً

المادة ١٥١٧ = ﴿ اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ان كان في حضور الحاكم يعتبر والا فلا يعتبر و ينعزل هو من الوكالة ﴾

وصحح ابو يوسف اقراره مطلقاً وابطله زفر مطلقاً وهو القياس لكونه مأموراً بالخصومة وهي منازعة والاقرار ضدها لانه مسالمة فالامر بالشيء لا يتناول ضده ولذا لا يملك الصلح والابراء

وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح وصحته تتناول ما يملك الموكل وذلك مطلق الجواب سواء كان انكاراً او اقراراً دون احدهما فيصرف اليه تحرياً للصحة فابو يوسف يقول هو قايم مقام الموكل فلا يختص اقراره بمجلس القضاء ، وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة ان انكر ومجازاً ان اقر والاقرار في مجلس القضاء خصومة مجازاً لانه خرج في مقابلة الخصومة جواباً عنها فسمي باسمها او لان الخصومة سبب له ، وانما اختص بمجلس القضاء لان الظاهر ان يأتي بالمستحق عليه وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به — لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة حتى لا يؤمر الخصم بدفع المال اليه لانه صار مناقضاً وصار كالاب والوصي اذا اقرا في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ ، وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير ، واما التفويض من الموكل فقد حصل مطلقاً غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعاً غير ان الاقرار تختص صحته بمجلس القضاء على ما ذكرنا كذا في الهداية

اطلق اعتبار اقرار الوكيل بالخصومة في حضور الحاكم وهو مقيد بغير الحد والقود فلا يصح اقرار الوكيل على موكله بهما للشبهة ، وقيد التوكيل بالخصومة لان الوكيل بغيرها لا يصح اقراره مطلقاً ومنه الوكيل بالصلح كما في كافي الحاكم ان الوكيل بالخصومة لا يملك الصلح بحر مع زيادة من حاشيته

المادة ١٥١٨ — ﴿ اذا وكل احد آخر واستثنى اقراره عليه يجوز فلا يصح اقرار الوكيل على الموكل بهذه الصورة راجع الفقرة الاخيرة من مادة ١٤٥٦ واذا اقر في حضور الحاكم حال كونه غير مأذون بالاقرار ينعزل من الوكالة ﴾

يعني اذا استثنى الموكل اقراره بان قال وكلتك بالخصومة مع فلان غير جايز الاقرار علي ثم اقر بحضور الحاكم لا يصح اقراره على الموكل لما تقدم في المادة ١٤٥٦ من ان الوكالة قد تكون مقيدة فتلزم مراعاته وينعزل من الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية الخصومة فيقبل في حق نفسه لا في حق الموكل زيلعي . قال في البحر وفي البزازية ولو وكله بالخصومة غير جايز الاقرار صح ولم يصح الاقرار في ظاهر الرواية لو موصولاً وفي الاقضية ومفصولاً ايضاً ولو وكله غير جايز الانكار يصح عند محمد ولو غير جايز الاقرار والانكار قيل لا يصح الاستثناء لعدم بقاء فرد تحته وقيل يصح لبقاء السكوت اه فالحاصل انها على خمسة اوجه كما في الذخيرة الاول ان يوكله بالخصومة فيصير وكيلاً بهما الثاني ان يستثني الاقرار فيكون وكيلاً بالانكار فقط الثالث عكسه فيصير وكيلا بالاقرار فقط في ظاهر الرواية لان الموكل ربما يضره الانكار بان كان المدعى به امانة ولو جحدها الوكيل لا يصح دعوى الرد بعده ويصح قبله ففيه فائدة الرابع ان يوكله بها جايز الاقرار فيكون وكيلا بهما الخامس ان يوكله بها غير جايز الاقرار والانكار ففيه اختلاف المتأخرين اه وفي الخلاصة ولو كان التوكيل بسؤال الخصم واستثنى الاقرار موصولاً صح ومفصولا لا يصح اه ويصح التوكيل بالاقرار ولا يصير به الموكل مقراً الى هنا عبارة البحر قال محشيه العلامة ابن عابدين وعن الطواويسي معناه ان يكون بالخصومة ويقول خاصم فاذا رأيت لحوق مؤنة او خوف عار علي فاقر بالمدعي يصح اقراره على الموكل كذا في البزازية اه

قلت ويظهر من هذا ان كون التوكيل بالاقرار لا يصير اقراراً وجهه احتمال انه وكله بالاقرار خوفاً من الشغب والخصومة وان لم يكن عليه شيء لان كل احد لا يقدر عليها كما قالوا في صلح المنكر افاده في التكملة . وذكر في الدرر والشرنبلالية وكله بخصوماته واخذ حقوقه من الناس على ان لا يكون وكيلاً فيما يدعى على الموكل فلو اثبت المال له ثم اراد الخصم الدفع لا يسمع على الوكيل اي ويحكم بالمال على المدعى عليه ويتبع الداين بدفعه كما في البزازية اه وفي الهندية عن الذخيرة اذا كان الموكل بالخصومة هو المطلوب فوكل رجلاً بخصومة الطالب وقال على ان لا يجوز اقراره عليه فهو جائز في قول ابي يوسف على ما وكله به

قال محمد رحمه الله اذا كان المطلوب هو الذي ينصب الوكيل فقال الطالب لا ارضى الا ان تقيم لي رجلاً يقوم مقامك ويجوز اقراره عليك والا فاحضر وخاصمني فانه يقال للمطلوب خاصمه او اقم رجلاً يجوز اقراره عليك وكذلك لو كان الموكل هو الطالب فقال المطلوب لا ارضى الا ان تخاصمني او توكل من لا يمتنع عن خصومتي وحجتي اذا جئت بها ويجوز اقراره عليك بقبض المال فله ذلك اذا كان الطالب حاضراً وان كان غائباً ووكل وكيلاً لا يجوز اقراره عليه لا يكون له الامتناع من خصومة الوكيل اه

المادة ١٥١٩ — ﴿ الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالقبض بناء عليه ليس للوكيل بالدعوى صلاحية قبض المال المحكوم به ما لم يكن وكيلاً بالقبض ايضاً ﴾

وهذا قول زفر لانه رضي بخصومته . والقبض غيرها ولم يرض به وعند ائمتنا الثلاثة هو وكيل بالقبض لان من ملك شيئاً ملك اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض . والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال . ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لان التقاضي بمعنى القبض وضعاً لما في الاساس تقاضيته ديني

وبديني واقتضيته ديني واستقضيته واقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع . والفتوى على انه لا يملك كذا في الهداية . وفي الفتاوى الصغرى التوكيل بالتقاضي ، يعتمد العرف . ان كان في بلدة كان العرف بين التجار ان المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض والا فلا اه .

قيد بالوكيل لان الرسول بالتقاضي يملك القبض لانه بمنزلة الرسول بالقبض ولا يملك الخصومة اجماعاً كذا في الصغرى بحر قال محشيه ابن عابدين نقل في المنح عن السراجية ان التوكيل بالتقاضي يعتمد العرف وعليه الفتوى . ومثله في القهستاني عن المضمرات اه .

والظاهر ان المحكوم عليه بالمال لو دفع المال المحكوم به الى وكيل الخصومة لا يبرأ منه بل يضمنه للموكل ويرجع به على الوكيل وليحرر . وفي الهندية عن ادب القاضي للخصاف : ولو وكل رجلاً بقبض حقوقه والخصومة فيها على ان لا يجوز صلحه ولا تعديله شاهداً يشهد عليه بشيء يبطل حقاً ، فالوكالة على هذا الشرط جائزة فان اقر هذا الوكيل ان الطالب قبض هذا الحق من الغريم لم يجز ذلك على الموكل فان قال الوكيل قد قبضت انا هذا الحق من الغريم فضاع اوقال دفعته الى الطالب صح اقراره وبرئ الغريم اه

المادة ١٥٢٠ – ✻ الوكالة بالقبض لا تستلزم الوكالة بالخصومة ✻

هذا في الوكالة بقبض العين ، متفق عليه بين ائمتنا الثلاثة واما في الوكالة بقبض الدين فعند ابي حنيفة تستلزمها بمعنى ان الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة مع المديون حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ، لان القبض غير الخصومة . وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضاء

بالقبض رضاه بها بحر وفي مجمع الانهر ان قولهما قول الايمة الثلاثة وهو رواية عن الامام اه . واطلاق هذه المادة يقتضي اختيار قولهما . قال في الخامس من جامع الفصولين ولو وكله بقبض دينه فبرهن على الايفاء الى موكله لم يقبل عند ابي حنيفة بخلاف العين ويوقف عندهما في الكل العين والدين . والحق ان قولهما اقوى وهو رواية عنه كذا في (عده) وغيره اه ملخصاً

ومعنى قوله يوقف عندهما انه لا يدفع للوكيل بل يبقى بيد ذي اليد حتى يحضر الغائب وهذا استحسان لانه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده حتى لو حضر البايع تعاد البينة على الايفاء او الابراء في الدين وعلى البيع مثلاً في العين وصار كما اذا اقام البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا وكذا الوكيل بنقل الزوجة او الامة اذا اقامت المرأة البينة على الطلاق والامة على الاعتاق تقبل في قصر يدهم حتى يحضر الغائب استحساناً كما اذا ادعى ذو اليد الارتهان من الموكل وبرهن تقصر يد الوكيل عن القبض افاده في البحر . واتفقوا على ان وكيل القاضي بقبض ديون الغائب لا يملك الخصومة كما في الدر قال واما وكيل قسمة واخذ شفعة ورجوع هبة ورد بعيب فيملكها مع القبض اتفاقاً اه اما وكيل القسمة بأن وكل احد الشريكين رجلاً بالقسمة مع شريكه فقال الشريك ان موكلك استوفى نصيبه وانكر الوكيل فاقام الشريك البينة على الاستيفاء فانها تقبل . واما اخذ الشفعة بأن اقام المشتري البينة على الوكيل بأخذ الشفعة على ان الموكل سلمها تقبل . واما الرجوع بالهبة بان اقام الموهوب له بينة على ان الواهب اخذ عوضاً او احدث الموهوب له فيه زيادة فانها تقبل . واما الرد بالعيب بأن وجد المشتري بالمبيع عيباً فوكل رجلا بالرد به فقال البايع رضي المشتري بهذا العيب وانكر الوكيل فأقام البايع البينة على الرضا تقبل تكملة عن ابن ملك

ولو وكله بقبض امة او شاة فولدت كان للوكيل ان يقبض الولد مع الام ولو ولدت قبل ان يوكله بقبضها لم يكن له قبض الولد . وثمرة البستان بمنزلة الولد ولو كان المستودع باع الثمرة في رؤس النخل بأمر رب الارض لم يكن للوكيل ان يقبضها واذا كانت الوديعة مما يكال او يوزن فوكله بقبضها ثم استهلكها

رجل فقبض المستودع من المستهلك مثلها ، لم يكن للوكيل اخذه قياساً ولكن استحسن ان يأخذه ولا اراه مثل قيمة العبد ارأيت لو اكلها المستودع اما كان للوكيل اخذ مثلها منه . واذا وكله بقبض وديعة ثم قبضها الموكل ثم أودعها ثانياً لم يكن للوكيل قبضها علم او لم يعلم وكذا لو قبضها الوكيل ودفعها للموكل ثم اودعها الموكل فلو قبضها كان لرب المال تضمينه او تضمين المودع فان ضمن الوكيل لم يرجع على المودَع وان ضمن المودع رجع على الوكيل . واذا وكله بقبضها اليوم فله قبضها غداً استحساناً كذا في البحر عن كافي الحاكم

قال محشيه ابن عابدين قوله لم يكن للوكيل قبضها ، مخالف لما قدمناه عن الذخيرة قبيل قول المتن الا في خصومة والظاهر ما هنا اه

اقول الذي قدمه هناك هكذا : وكل رجلاً بقبض عبد له بعينه في يد رجل ثم قبضه المولى ثم اودعه انساناً آخر فللوكيل ان يقبضه منه اه ومثله في الخلاصة اه ووجه كون ما في الكافي هو الظاهر — ان كان كافي الحاكم الشهيد فقد جمعت فيه كتب ظاهر الرواية تأمل: وفي الهندية وكل رجلاً بقبض عين فاستهلك العين رجل قبل القبض ليس للوكيل ان يخاصم المستهلك بأخذ القيمة ولكن لو كان الوكيل قبض العين فاستهلكها رجل كان للوكيل ان يخاصمه بقبض القيمة اه . وفيها الوكيل بقبض الدين اذا اخذ العروض من الغريم والموكل لا يرضى ولا بأخذ العروض فللوكيل ان يرد العروض على الغريم ويطالبه بالدين اه

اقول الظاهر ان هذا اشترى العروض للموكل بما في ذمة البائع من الدين — اما لو اشتراها له بثمن في الذمة فالظاهر انه ينفذ على الوكيل لان الشراء متى وجد نفاذاً لا يتوقف كما مر مراراً فتأمل .

الفصل السادس

« في بيان المسائل المتعلقة بعزل الوكيل »

المادة ١٥٢١ = ✻ للموكل ان يعزل وكيله من الوكالة ولكن ان تعلق به حق آخر فليس له عزله كما اذا رهن مدبون ماله وحين عقد الرهن او بعده وكل آخر ببيع الرهن عند حلول اجل الدين فليس للراهن الموكل عزل ذلك الوكيل بدون رضى المرتهن كذلك لو وكل احد آخر بالخصومة بطلب المدعي ليس له عزله في غياب المدعي ✻

لان المدعي انما خلى سبيل المدعى عليه اعتماداً على انه يتمكن من اثبات حقه عليه متى شاء فلو جاز عزله في غيبته لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن — بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضراً او كانت الوكالة من غير التماس الطالب او كانت من جهته بان كان هو الموكل لتمكنه من الخصومة مع المطلوب في الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة في الوجه الثاني اذ هو لم يطلب . وفي الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله ان يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله ان يترك الخصومة بالكلية

وعلى هذا قالوا لو قال قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلي لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وتسمى هذه الوكالة وكالة دورية والصحيح انه لا طريق لعزل الوكيل فيها الا ان يقول رجعت عن الوكالة المعلقة ثم يقول وعزلتك عن الوكالة المنجزة ولا يقدم العزل عن المنجزة على الرجوع عن المعلقة لانه اذا قدم العزل عن المنجزة تنجزت وكالة اخرى من المعلقة فلا ينعزل بعد

عنها بالرجوع عن المعلقة افاده في التبيين والبحر . ومعنى كون الخصومة بطلب المدعي ، ان يقول للمدعي عليه اني اخاف ان تغيب فوكل وكيلاً ان غبت اخاصمه فيقضي لي عليه فاذا آخذه بهذا حتى جعل له وكيلاً في الخصومة فقد تعلق بهذه الوكالة حق المدعي وهو الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه كذا في حاشية الشلبي عن شرح الطحاوي

ثم اذا كان التوكيل بطلب المدعي فعزله بحضرته اي المدعي صح العزل رضي به المدعي او سخط لتمكنه من الدعوى على نفس الموكل حينئذ وان كان التوكيل بطلب القاضي حال غيبة المدعي فعزله بحضرة القاضي ، صح وان كان الطالب غائباً . وان عزله بحضرة الطالب ، صح العزل ايضاً كما في الهندية عن المحيط اي وان كان القاضي غايباً . والمراد بالآخر في قوله ولكن ان تعلق به حق آخر الخ ما عدا الموكل فيشمل ما اذا تعلق به حق نفس الوكيل لما في الهندية وكل رجلاً ببيع عين من اعيان ماله ثم اراد اخراجه من الوكالة فله ذلك الا اذا تعلق بها حق الوكيل نحو ان يأمره ان يبيع ويستوفي الدين من ثمنه كذا في الذخيرة اه قلت فهو نظير المرتهن اذا وكله الراهن ببيع الرهن عند حلول الاجل وعليه فلا خصوصية لكون الوكيل مرتهناً او عدلاً في يده الرهن . ثم رأيت في حاشيه البحر لابن عابدين كتب على ما نقله في البحر عن المحيط وهو عين ما نقله في الهنديه عن الذخيرة ما نصه : هذا اذا لم يكن الدين مؤجلا اما اذا كان مؤجلا ففي القهستاني عن الجواهر ولو وكل الداين بدين مؤجل ببيع داره بسمواله عند الاجل كان له عزله قبله اه وبه يظهر وجه الخصوصية بكون الوكيل مرتهناً فتدبر . وذكر الزيلعي قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشيء بل له عزله في الصحيح لان المرأة لا حق لها في الطلاق اه ويستثنى من صحة عزل الموكل وكيله ما اذا وكل الوكيل بالبيع موكله بقبض الثمن من المشتري بامر القاضي فانه لا يملك عزله وان لم يكن بامر القاضي فله عزله كما تقدم افاده في البحر

المادة ١٥٢٢ — ✱ للوكيل ان يعزل نفسه من الوكالة ولكن

لو تعلق به حق آخر كما ذكرنا آنفاً يكون مجبوراً على ايفاء الوكالة ﴾

فلو عزل العدل يعني الموكل ببيع الرهن نفسه لا يصح العزل ، وان كان بحضرة المرتهن ما لم يرض به لتعلق حقه به وكذا الوكيل بالخصومة بطلب المدعي لو عزل نفسه ، لا يصح عزله ، وان كان بحضرة المدعي ما لم يرض به كما في التنوير وشرحه الدر وهو في المستثنين يجبر على ايفاء ما وكل فيه عند غيبة المدعى عليه لئلا يتضرر المرتهن والمدعي كما تقدم في شرح المادة ١٥١٢

المادة ١٥٢٣ = ﴿ اذا عزل الموكل الوكيل يبقى على وكالته الى ان يصل اليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً الى ذلك الوقت ﴾

لان العزل القصدي خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه ولان بانعزاله قبل العلم بالعزل اضراراً به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل ان يبلغه فيلزمه الضمان بذلك . والضرر مدفوع شرعاً وانما يكون علم الوكيل بالعزل شرطاً لانعزاله اذا كان العزل قصدياً اما اذا كان حكمياً كموت الموكل او جنونه مطبقاً كما سيأتي في المادتين ١٥٢٧ و ١٥٣٠ فلا يشترط علمه لان العزل فيه لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم

وقيد بالوكيل لان الرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا ارسله في البيع او غيره فعزله قبل التبليغ ، انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعاً عن الايجاب واه ذلك قبل القبول بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه كما في النكاح وامثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجاباً وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه اه ملخصاً من الزيلعي

وذكر في البحر ان محل اشتراط علم الوكيل بالعزل ، ما اذا كان عالماً بالوكالة . اما اذا وكله وقبل ان يعلم الوكيل بالوكالة عزله فانه يصح عزله وان لم يعلم

بالعزل كما في البزازية اه ملخصاً قال محشيه العلامة ابن عابدين فيه نظر فانه قبل علمه لا يكون وكيلا حتى لو باع لا ينفذ ولا يكون بيعه اجازة للوكالة بخلاف الوصي وحينئذ فعزله قبل علمه ليس عزلا حقيقة تأمل اه

اقول تظهر فائدة ما في البزازية فيما لو وكله ثم عزله ثم علم بالوكالة لا بالعزل فباع فانه فضولي بالبيع لصحة عزله مع انه حين البيع كان غير عالم بالعزل تدبر ٠

تنبيه

يثبت العزل بمشافهته به وبكتابة مكتوب بعزله وارساله رسولا مميزاً عدلا او غيره اتفاقاً حراً او عبداً صغيراً او كبيراً صدقه او كذبه اذا قال الرسول : الموكل ارسلني اليك لابلغك عزله اياك عن وكالته ولو اخبره فضولي بالعزل فلابد من احد شطري الشهادة عدداً او عدالة كذا في التنوير وشرحه الدر ٠ واحترز بقوله الموكل ارسلني اليك الخ عما اذا قال له ان الموكل عزلك مثلاً فانه يكون مخبراً له حكم الفضولي كما في التكملة فيثبت باخبار فضولي واحد عدل او باخبار فضوليين مستوريين ٠ وبهذا تعلم خطأ ما نقله الشارح اللبناني عن التنوير والتكملة

فروع

جحود الموكل بقوله لم اوكلك لا يكون عزلاً كما في الشرح يعني شرح الزيلعي الا ان يقول والله لا اوكلك بشيء فقد عرفت تهاونك فيعزل كما في الخلاصة والبزازية كذا في البحر وفي حاشيته قال ابو السعود ورأيت بخط السيد الحموي عن الولوالجية تصحيح ان الجحود يكون رجوعاً قال وعليه الفتوى وفي شرح القهستاني : ويدخل فيه يعني في العزل جحود الوكالة فان جحود ما عدا النكاح فسخ وفي رواية لم ينعزل بالجحود اه ٠ قول الوكيل بعد القبول بحضرة الموكل الغيت توكيلي او انا بريء من الوكالة ليس بعزل تنوير : لو قال الوكيل عزلني موكلي وهو غائب وكذبه المدعي لا يقبل قوله بحر عن القنية ٠ امر رجلاً يبيع عبده ثم اخرجه من الوكالة وهو لا يعلم فباع العبد وقبض الثمن فهلك في يده ومات

العبد في يده ايضاً قبل التسليم كان للمشتري ان يرجع بالثمن على الوكيل ويرجع الوكيل على الآمر هندية . وفيها اذا وكل رجلاً وكالة معلقة بالشرط ثم عزله قبل وجود الشرط صح عند محمد وعليه الفتوي اه ومثله في البحر وغيره . دفع المديون مالاً الى رجل ووكله بدفعه الى الداين ثم ان الداين وهب الدين من المديون — ان دفع الوكيل عالماً بالهبة يضمن بالدفع وان لم يعلم بذلك لا يضمن خانية . وفيها وكل رجلاً ببيع عبده ثم قال الموكل اخرجتك عن الوكالة فقال الوكيل قد بعته امس لا يصدق الوكيل ولو اقر الوكيل اولا بالبيع لانسان بعينه فقال الآمر اخرجتك من الوكالة جاز البيع ويقبل قول الوكيل ، اذا ادعى المشتري ذلك اه

المادة ١٥٢٤ = ❋ اذا عزل الوكيل نفسه يلزم عليه ان يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته الى ان يعلم الموكل عزله ❋

عبارة الاشباه هكذا لا يصح عزل الوكيل نفسه الا بعلم الموكل الا الوكيل بشراء شيء بغير عينه او ببيع ماله وكذا الوكيل بالنكاح والطلاق والعتاق فانحصر الحكم في الوكيل بشراء شيء معين وبالخصومة اه فافاد ان الوكيل له ان يعزل نفسه في هذه المستثنيات وان لم يعلم الموكل . ولم يبق مما يشترط فيه لصحة عزله نفسه علم الموكل الا الوكيل بالخصومة والوكيل بشراء شيء معين كأن يوكله بالخصومة مع زيد ثم يغيب الموكل فيعزل الوكيل نفسه في غيبته فانه لا ينعزل ما لم يعلم الموكل . وكأن يوكله بشراء عبد معين فيعزل الوكيل نفسه في غيبة الموكل وقبل علم الموكل بعزله يشتريه لنفسه فانه لا يصح العزل ويقع الشراء للموكل كما تقدم هكذا قيل

اقول لا يذهب عليك ان المراد من هذه المادة ان الوكيل لو عزل نفسه بقوله عزلت نفسي ونحوه ثم قبل علم الموكل بعزله فعل ما وكل فيه للموكل يقع للموكل ولا يكون فضولياً يتوقف فعله على اجازة الموكل وهذا لا فرق فيه بين المستثنيات

وبين الوكيل بشراء شيء معين او بالخصومة كما لا يخفى . وعبارة الدرر مع الغرر الوكيل ينعزل بعزل الموكل لان الوكالة حقه فله ان يبطله ، ويعزل نفسه بان يقول عزلت نفسي بشرط علم الآخر فيها حتى اذا لم يبلغه العزل فهو على وكالته . وتصرفاته جائزة حتى يعلم اه مختصراً

المادة ١٥٢٥ — ﴿ للموكل ان يعزل وكيله بقبض الدين في غياب المديون ولكن ان كان الداين قد وكله في حضور المديون فلا يصح عزله بدون علم المديون وعلى هذه الصورة اذا اعطاه المديون الدين من دون ان يعلم عزله يبرأ ﴾

وهذا لان في صحة عزله بلا علم المديون ضرراً وتغريراً له لانه انما دفع اعتماداً على ما علم من وكالته فلو صح عزله بدون علمه لكان مغروراً والظاهر انه لو وكله بغير حضرة المديون . ثم علم المديون بالتوكيل كان له حكم التوكيل بحضرته فينبغي ان يتوقف عزله حينئذٍ على علمه لان علمه مثل حضوره الماده الرحمتي — كذا في التكملة ملخصاً .

هذا ويستفاد من هذه المادة ومن المادة (١٥٢٣) ان التوكيل متى كان بحضرة المديون اشترط لصحة العزل علم كل من المديون والوكيل ، لا يغني علم احدهما عن الآخر ، وعليه فلو علم الوكيل ولم يعلم المديون لم يصح ولم يبرأ المديون بالدفع اليه ويكون المال في يد الوكيل امانة — وكذا الحكم اذا علم المديون بالعزل دون الوكيل لما قلنا من ان صحة العزل متوقفة على علم كل منهما . والظاهر ان عزل الوكيل نفسه بعلم الموكل والمسئلة بحالها كعزل الموكل اياه فلا يصح بلا علم المديون لظهور العلة فيه وهي التغرير ولتعلق حق المديون بهذه الوكالة هذا ما يقتضيه كلامهم فتبصر وحرر

المادة ١٥٢٦ — ﴿ تنتهي الوكالة بختام الموكل به وينعزل الوكيل

من الوكالة بالطبع عزلاً حكمياً *

يعني ان الوكيل ينعزل بلا عزل صريح بنهاية الشيء الموكل فيه سواء كانت النهاية بفعل الموكل او بفعل الوكيل كما اذا وكله بقبض دينه فقبضه الموكل بنفسه او الوكيل — وكما لو وكله بنكاح امرأة معينة فتزوجها بنفسه او بواسطة الوكيل حتى لو ادان الموكل ثانياً للمديون او طلق الموكل المرأة المذكورة لا يملك الوكيل قبض دينه الحادث ولا تزويجه المرأة المطلقة مرة ثانية لانتهاء الوكالة — بخلاف ما لو وكله بنكاح امرأة فتزوجها الوكيل ووطئها وطلقها وبعد العدة زوجها من الموكل فانه يصح لبقاء الوكالة افاده في رد المحتار ·

واشارت هذه المادة بكون هذا العزل حكمياً الى انه لا يشترط فيه علم الوكيل حتى انه ينعزل بنهاية ما وكل فيه بفعل الموكل وان لم يعلم بفعل الموكل فلو تصرف قبل العلم لا ينفذ تصرفه — لكن يشكل عليه كما في رد المحتار عن العناية : ان من وكل بقضاء الدين فقضاه الموكل · ثم قضاه الوكيل قبل العلم لم يضمن مع انه عزل حكمي واجيب بان الوكيل بقضاء الدين مأمور بان يجعل المؤدي مضموناً على القابض لان الديون تقضى بامثالها وذلك يتصور بعد اداء الموكل يعني فلم يكن ما وكل فيه منتهياً ولذا يضمنه القابض لو هلك — بخلاف الوكيل بالتصدق اذا دفع بعد دفع الموكل فلو لم يضمن الوكيل يتضرر الموكل لانه لا يتمكن من استرداد الصدقة من الفقير ولا تضمينه اه معزياً للسائحاني قال في الدر المختار : ولو باع الموكل والوكيل معاً يعني بوقت واحد او لم يعلم السابق منهما فبيع الموكل اولى عند محمد وعند ابي يوسف يشترك المشتريان ويخيران اي يثبت لكل منهما خيار تفريق الصفقة اه ببعض توضيح قال الطحطاوي ومقتضى القواعد ان المعتمد قول ابي يوسف اه

المادة ١٥٢٧ = * ينعزل الوكيل بوفاة الموكل ولكن اذا تعلق به حق آخر لا ينعزل راجع المادة ٧٦٠ *

هـذا عزل حكمي فعلم الوكيل بوفاته ليس يشترط فيه كما في البحر وغيره قال في الهندية : لو مات الطالب ولم يعلم المطلوب فدفع المال الى الوكيل لا يبرأ وله ان يسترده ولو علم بموته ليس له ان يضمن الوكيل لو ضاع المال عنده اه . وزعم في البحران فقد الموكل بحيث لا يعلم مكانه ولا موته ولا حياته كموته فينعزل به الوكيل عن التصرف فيما وكل فيه ونص عبارته وفي التجنيس : رجل غاب وجعل داراً له في يد رجل ليعمرها فدفع اليه مالاً ليحفظه ثم فقد الدافع فله ان يحفظه وليس له ان يعمر الدار الا باذن الحاكم ، لانه لعله قد مات ولا يكون الرجل وصياً للمفقود حتى يحكم بموته اه .

وبهذا علم ان الوكالة تبطل بفقد الموكل في حق التصرف لا في حق الحفظ اه ما في البحر ونظر فيه المقدسي بان ما في التجنيس لا يدل على هذا الاستنباط لان الآمر انما دفع المال ليحفظه لا ليعمر به فكونه ممنوعاً عن التعمير بالمال لعدم الاذن له بذلك ولو كان ماذوناً بالتعمير منه لكان له ذلك . ورد التنظير العلامة ابن عابدين في حاشيته على البحر بقوله : اقول كيف يصح قوله لكان له ذلك مع التعليل بانه لعله قد مات وليس هذا وصياً الخ

ثم لا يخفى ان امره بالتعمير لا يخلو اما ان يكون من هذا المال المدفوع او من مال آخر دفعه له او من مال المأمور وعلى كل فقوله ليس له ان يعمر الدار الخ ، يدل على عزله في التصرف دون الحفظ فثبت ما قاله المؤلف فتأمله منصفاً اه

اقول التعليل بأنه لعله قد مات لا يفيد الانعزال بل توقفه على تحقق موته ، او الحكم به الا ترى انه لو عمر الوكيل حال فقد الموكل ثم جاء حياً يكون تصرفه صحيحاً ولا يضمن نعم لو ظهر موته او حكم به الحاكم يكون غير نافذ على الموكل لانعزاله بموت الموكل لا بفقده . فظهر بهذا ان الوكيل لا ينعزل بفقد الموكل كما ينعزل بموته . واما قول التجنيس وليس له ان يعمر الدار الخ فمعناه انه ليس له ذلك على ان يكون نافذاً على الموكل بلا تردد هذا ما يشعر به التعليل المذكور فلم يثبت ما قاله في البحر كيف ولو كان ما قاله في البحر ثابتاً لذكروا انعزال الوكيل بفقد الموكل كما ذكروا انعزاله بردته مع اللحاق وبجنونه مطبقاً فتأمل منصفاً .

وقد افادت هذه المادة ان انعزال الوكيل بموت الموكل له حكم العزل القصدي من حيث انه يشترط فيه ان لا يتعلق به حق الغير – لكن ليس هذا على اطلاقه بل هو مقيد بما عدا الوكيل بالخصومة بطلب الخصم فانه ينعزل بموت الموكل ، وان تعلق به حق الخصم الطالب بخلافه بالعزل القصدي لان الخصومة بعد موت الموكل متعذرة ولان الحق المتنازع فيه ينتقل الى غيره فتكون الخصومة متجددة مع من خلف الموكل . والوكيل ليس بوكيل عنه . وعبارة التنوير هكذا : وينعزل الوكيل بموت احدهما وجنونه مطبقاً وبلحوقه مرتداً الا اذا وكل الراهن العدل والمرتهن ببيع الرهن عند حلول الاجل فلا ينعزل بموت الموكل وجنونه كالوكيل بالامر باليد والوكيل ببيع الوفاء اه

فانت تراه لم يستثن الوكيل بالخصومة . وقول التنوير كالوكيل بالامر باليد معناه ان الزوج لو وكل رجلاً بان يجعل امر زوجته بيدها فقال لها الوكيل بالوكالة عن الزوج امرك بيدك فمات قبل ان تطلق نفسها لا تنعزل الزوجة بموته ولها ان تطلق نفسها مع انها وكيلة عنه بطلاق نفسها وهذا التعلق حقها به كالمرتهن . وتصوير المسئلة بان الزوج لو مات بعد ان جعل امر زوجته بيدها لا تنعزل عن وكالته لها بايقاع الطلاق عليها غير صحيح اذ بموت الزوج انقطعت الزوجية فلا معنى لكونها لم تنعزل بموته

وقوله وكالوكيل ببيع الوفاء معناه ان البيع بالوفاء له حكم الرهن على بعض الاقوال المصححة . والوكيل عن اخر بان يرهن ملك موكله عند داينه اي داين موكله لا ينعزل بموت موكله لانه مما تعلق به حق الغير وهو المشتري الذي هو بمنزلة الراهن افاده في رد المحتار

واعلم ان المراد بالموكل الذي ينعزل الوكيل بموته ما هو الاعم من ان يكون هو صاحب الحق الموكل بشانه او وصيه ففي الخانية وكل رجلاً ببيع مال ولده الصغير ثم مات الصغير وورثه الاب بطلت الوكالة عندنا خلافاً لزفر – وكذا لو لم يمت الصغير بل مات الاب اه ومثله في الهندية عن الخلاصة وزاد قوله وان بلغ الصبي قبل ان يصنع الوكيل شيئاً من ذلك انعزل الوكيل عن الوكالة ووكيل الاب ووكيل الصبي على السواء اه

المادة ١٥٢٨ — ﴿ ينعزل وكيل الوكيل ايضاً بموت الموكل راجع المادة ١٤٦٦ ﴾

ذكر في التكملة عن منية المفتي ما نصه : وكل الوكيل وقد قيل له اعمل برأيك صار الثاني وكيل الموكل وينعزل الاول والثاني بموت الموكل ولا ينعزل الثاني بموت الوكيل الاول وانعزاله اه . المقصود منه وقد تقدم الكلام على هذه المسئلة مستوفى في شرح المادة (١٤٦٦) فليراجع .

المادة ١٥٢٩ — ﴿ الوكالة لا تورث يعني اذا مات الوكيل يزول حكم الوكالة وبهذا لا يقوم وارث الوكيل مقامه —

اعلم انه اقتصر في الوقاية والدرر والملتقى على ذكر انعزال الوكيل بموت الموكل فقط ولم يذكروا انعزاله بموته قالوا لعدم الفائدة لظهور ان الميت ليس اهلاً للوكالة وعمم في التنوير قوله انعزاله اي انعزال الوكيل بموته تبعاً للهداية والكافي فقال وتبطل الوكالة بموت احدهما — وذكر الشراح لموت الوكيل فائدة وهي : دفع توهم ان الوكالة تورث كما تورث حقوق العقد فان حقوق العقد الثابتة لوكيل البيع والشراء تثبت لوارثه كما تقدم — لكن في التكملة عن اليعقوبية ان توهم ذلك في غاية البعد فالمجلة تبعت الوقاية وغيرها ونبهت على الفائدة التي ذكروها في هذه المادة ونعم ما فعلت .

المادة ١٥٣٠ — تبطل الوكالة بجنون الموكل والوكيل —

لأن الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام لقيام الامر في كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط في الجنون ان يكون مطبقاً اي مستوعباً من قولهم اطبق الغيم السماء اي استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد المطبق ان يستوعب شهراً عند ابي يوسف رحمه الله تعالى لانه يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس وعند محمد حولاً كاملاً وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة زيلعي

قال في حاشية البحر لكن في الشرنبلالية عن المضمرات مقدر بشهر وبه يفتى وكذا في القهستاني والباقاني وجعله قاضي خان قول ابي حنيفة وان عليه الفتوى فليحفظ كذا في الدر المختار اه ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٥٢٧ عن التنوير من ان الجنون مثل الموت فيستثنى من بطلان الوكالة فيه وكالة الوكيل ببيع الرهن عند حلول الاجل، والوكيل بجعل امر زوجة الموكل بيدها، والوكيل ببيع مال الموكل من زيد بيع وفاء فلا ينعزل الوكيل بجنون الموكل في هذه الصور كما لا ينعزل بموته لتعلق حق الغير به وقد علمت انه ليس كل وكالة تعلق بها حق الغير يكون حكمها كذلك فإن الوكيل بالخصومة بطلب الخصم لا ينعزل بموت الموكل وجنونه وان تعلق به حق الخصم كما ذكرناه هناك فافهم .

وهل تعود الوكالة بافاقة الموكل او الوكيل من جنونه استنبط في البحر مما سيأتي في المرتد انها لا تعود وسيأتي له زيادة ايضاح .

﴿ تتمة ﴾

ذكر في التنوير وغيره مسائل ينعزل فيها الوكيل لم تذكر في المجلة منها حكم الحاكم بلحوق الموكل بدار الحرب مرتداً وقيل ينعزل بمجرد الحاق مرتداً وان لم يحكم به الحاكم وقيل ينعزل بمجرد الارتداد ان كان الموكل رجلاً وان كان امرأة فلا حتى تموت او تلحق بدار الحرب والاول هو الذي عوّل عليه في الدر ونقل في حاشية البحر عن الكفاية ما يفيد ان هذا الخلاف اذا كان المرتد هو الموكل فانه قال وان لحق الوكيل بدار الحرب مرتداً فانه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعاً ما لم يقض القاضي بلحاقه اه .

ونقل في حاشية البحر عن الحواشي اليعقوبية ان الوكيل ان عاد مسلماً بعد لحوقه بدار الحرب مرتداً والقضاء به تعود الوكالة عند محمد رحمه الله تعالى ولا تعود عند ابي يوسف رحمه الله تعالى ولو عاد الموكل مسلماً بعد اللحوق والقضاء به لا تعود الوكالة عندهم في ظاهر الرواية ٠

والفرق لمحمد ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال بردته والقضاء بلحاقه ، وفي حق الوكيل على معنى قائم به وهو الاهلية وهي قائمة لم تزل بالقضاء بلحاقه اه ٠ ومثله في الهداية قال في البحر واذا بطلت باللحاق من احدهما لا تعود بعوده مسلماً على المذهب الظاهر موكلاً كان او وكيلاً ومقتضاه انه لو افاق بعد جنونه مطبقاً لا تعود وكالته اه ٠

ومن المسائل التي ينعزل بها الوكيل افتراق الشريكين فان الوكالة التي يتضمنها عقد الشركة تبطل بافتراقهما وان لم يعلم الوكيل بالافتراق — لكن اذا كان الافتراق بالفسخ لا يتصور عدم العلم به لان احد الشريكين لا ينفرد به بلا علم الآخر وانما يتصور اذا كان الافتراق بغيره كما اذا افترقا ببطلان الشركة لهلاك المالين او احدهما قبل الشراء فتبطل الوكالة الضمنية وان لم يعلم بهلاك المال الذي هو سبب البطلان ٠ وكذا اذا وكل الشريكان او احدهما وكيلاً للتصرف في المال ثم فسخا الشركة او بطلت فان هذا الوكيل ينعزل في حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن بالتوكيل وان لم يعلم بالفسخ ٠ هذا ملخص ما في الدر وحواشيه والبحر والزيلعي وذكر في البحر عن كافي الحاكم اذا وكل احد المتفاوضين وكيلاً ثم تفرقا واقتسما المال واشهدا ان لا شركة بينهما ثم امضى الوكيل ما وكل به وهو يعلم او لا يعلم ، جاز ذلك عليهما جميعاً — وكذا لو كان وكلاه جميعاً لان وكالة احدهما جائزة على الآخر وليس تفرقهما نقضاً للوكالة لان اثر النقض لا يظهر في توابع عقود باشرها احدهما قبل ذلك اه وتمامه فيه ٠

ومنهااي من المسائل التي ينعزل بها الوكيل ، عجز الموكل لو مكاتباً وحجره لو مأذوناً ٠ قال في البحر لما ذكرنا ان قيام الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالعجز والحجر علم او لم يعلم ٠ وليس هذا على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان وكيلاً في العقود والخصومات — واما الوكيل بقضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل

بها ، لانها يوجبان الحجر عن انشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله فيهما — وكذا الوكيل بقبض الوديعة لم ينعزل بعجز الموكل وحجره كما في كافي الحاكم . ولا تعود الوكالة بكتابة موكله واذنه اه وتمامه فيه .

ومنها تصرف الموكل فيما وكل فيه بنفسه فان به ينعزل الوكيل علم بذلك او لم يعلم لانقضاء الحاجة به وهذا داخل تحت قول المجلة في المادة (١٥٢٦) تنتهي الوكالة بختام الموكل به الخ على ما ذكرناه في شرحها من ان الختام اعم من ان يكون من طرف الوكيل او الموكل قال في البحر : وليس هذا يعني الانعزال بتصرف الموكل فيما وكل فيه على اطلاقه بل هو مقيد بتصرف يعجز الوكيل عن التصرف معه كما لو وكله بتزويج امرأة او بشراء شيء معين ففعل بنفسه ، او بطلاق فطلقها الزوج ثلاثاً او واحدة فانقضت عدتها ، او بالخلع فخالعها بنفسه . واما ما لا يعجز عنه فلا تبطل به كما لو طلقها واحدة والعدة باقية فللوكيل ان يطلقها اخرى . ولو وكله بطلاقها فخالعها الزوج وقع طلاق الوكيل عليها ما دامت في العدة . ولو وكله بالبيع فباعه الموكل ثم رد عليه بما هو فسخ ، فالوكيل على وكالته وان رد بما لا يكون فسخاً لا تعود الوكالة كما لو وكله بهبة شيء ثم وهبه الموكل ثم رجع في هبته لم يكن للوكيل الهبة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل او آجره فسلمه فهو على وكالته في ظاهر الرواية ولو وكله ان يؤجر داره ثم آجره الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته — كذا في القنية وفي البزازية ولو وكله ببيع داره ثم بنى فيها ، فهو رجوع عنها عند الامام ومحمد لا التجصيص يعني لا لو جصصها . وكذا لو وكله ببيع ارض ثم غرس فيها بخلاف ما اذا وكله ببيع ارض وزرع فيها فان الوكيل يبيع الارض دون الزرع لان البناء والغرس يقصد بهما القرار لا الزرع اه ما في البحر وتمامه فيه والله اعلم واستغفر الله العظيم .

بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب الثاني عشر في الصلح والابراء

« ويشتمل على مقدمة واربعة ابواب »

المقدمة

- في بيان الاصطلاحات الفقهية المتعلقة بالصلح والابراء -

المادة ١٥٣١ - ﴿ الصلح هو عقد يرفع النزاع بالتراضي ﴾ -

الصلح اسم للمصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد يرفع النزاع . وركنه الايجاب والقبول كما في الكنز وغيره قال في البحر وطلب الصلح كافٍ عن القبول من المدعى عليه ان كان المدعى به مما لا يتعين بالتعيين وهو الدراهم والدنانير وان كان مما يتعين ، فلا بد من قبول المدعى عليه ومع ذلك يشترط له شرائط ذلك العقد الملحق به من بيع واجارة كما سيأتي . وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقراً او منكراً وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه ان كان مما يحتمل التمليك كالمال و كان المدعى عليه مقراً به وان كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص وقوع البراءة كما اذا كان منكراً مطلقاً اهـ . وشرطه كون المصالح عليه معلوماً ان كان يحتاج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقاً في دار وادعى المدعى عليه قبله حقاً في حانوته فتصالحا على ان يترك كل

واحد منهما دعواه قبل صاحبه ، تصح وان لم يبين كل منهما مقدار حقه ، لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة كفاية . وشرطه ايضاً كما في البحر ان يكون المصالح عنه حقا يجوز الاعتياض عنه ولو غير مال كالقصاص معلوماً كان او مجهولاً لا ما لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة وحد القذف والكفالة بالنفس اه . وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضى ان كل صلح خير وكل خير مشروع وقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جايز فيما بين المسلمين الحديث وانعقد الاجماع على جوازه كذا في الكفاية

المادة ١٥٣٢ - ❊ المصالح هو الذي عقد الصلح ❊

فيشمل كل واحد من المتصالحين

المادة ١٥٣٣ — ❊ المصالح عليه هو بدل الصلح ❊

المادة ١٥٣٤ - ❊ المصالح عنه هو الشيء المدعى به ❊

المادة ١٥٣٥ — ❊ الصلح ثلاثة اقسام : القسم الاول الصلح عن الاقرار وهو الصلح الواقع على اقرار المدعى عليه . القسم الثاني الصلح عن الانكار وهو الصلح الواقع على انكار المدعى عليه . القسم الثالث الصلح عن السكوت وهو الصلح الواقع على سكوت المدعى عليه بان لا يقر ولا ينكر ❊

تقسيم الصلح الى الاقسام الثلاثة ضروري لان المدعى عليه عند دعوى المدعي اما ان يجيب او لا فان اجاب فلا يخلو اما ان يقر او لا يقر وهوالانكار وان لم يجب فهو السكوت وانما لم يتنوع السكوت لانه عبارة عن عدم الجواب. والعدم لا يتنوع كفاية قال في الهداية وكل ذلك اي كل واحد من الاقسام الثلاثة جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاه والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً او حرم حلالاً وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت اه · وتمام بيان دليلنا ودليله مبسوط فيها وفي شروحها

واطلقت المجلة الاقرار فشمل الاقرار حقيقة وهو ظاهر وحكماً كطلب الصلح والابراء عن المال او الحق كما في التكملة وسيأتي في المادة ١٥٨٢ ثم ان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال · وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه فداء يمين وقطع نزاع كما في عامة المتون وسيأتي هذا موضحاً في الباب الثالث ومتى صح الصلح ثبتت الاحكام المذكورة في الباب الرابع الآتي

المادة ١٥٣٦ — ﴿ الابراء على قسمين الاول ابراء الاسقاط والثاني ابراء الاستيفاء اما ابراء الاسقاط فهو ان يبرئ احد الآخر باسقاط تمام حقه الذي هو عند الآخر او بحط مقدار منه عن ذمته وهو الابراء المبحوث عنه في كتاب الصلح هذا واما ابرآء الاستيفاء فهو عبارة عن اعتراف احدٍ بقبض واستيفاء حقه الذي هو في ذمة الآخر وهو نوع من الاقرار ﴾

وكل واحد من القسمين اذا وقع صحيحاً يمنع المدعي من الدعوى فيما ابرأ منه على ما يأتي بيانه في الفصل الثاني من الباب الرابع · وذكر العلامة ابن

عابدين في رسالته المسماة اعلام الاعلام باحكام الاقرار العام ان كلاً من الاقرار والابراء يراد به قطع النزاع وفصل الخصومة فالمراد منهما واحد ولذا عبروا بكل واحد منهما عن الآخر ، وان اختلفا مفهوماً اه . هذا وفي الانقروي عن مداينات الاشباه الابراء بعد قضاء الدين صحيح لان الساقط بعد القضاء المطالبة لا اصل الدين اي لان الديون تقضى بأمثالها لا باعيانها فيرجع المديون بما اداه اذا ابرأه برائة اسقاط واذا ابرأه برائة استيفاء فلا رجوع واختلفوا فيما اذا اطلقها كذا في الذخيرة وصرح به ابن وهبان اه

المادة ١٥٣٧ - ❊ الابراء الخاص هو ابراء واحد آخر من دعوى متعلقة بخصوص ما كدعوى الطلب من دار او ضيعة او جهة اخرى ❊

قال الشرنبلالي في رسالته المسماة تنقيح الاحكام في حكم الابراء والاقرار الخاص والعام واما الخاص فاما ان يكون خاصاً بدين كقوله ابرات زيداً من دين كذا فيختص به او عاماً في كل دين كقوله ابرات زيداً مما لي عليه فيبرأ عن كل دين ولا يبرأ عن العين . واما الخاص بالعين فان كان عنها فهو غير صحيح من جهة ان له الدعوى بها على المخاطب وغيره ، صحيح من جهة الابراء عن وصف الضمان للمخاطب . وان كان عن دعواها فهو صحيح سواء انشأ الابراء عن دعوي عين خاصة كقوله ابرأت زيداً عن دعوى هذه العين او عمم انشاء الابراء عن دعوى كل عين كالاقرار بالابراء اه . يعني كما لو اخبر عن الابراء اخباراً بان قال هو بريء عن دعوى كل عين وقوله صحيح من جهة الابراء عن وصف الضمان الخ يعني بان كانت العين مغصوبة في يد المخاطب فانها بالابراء عنها تخرج عن كونها مضمونة وتصير في يده امانة وسيأتي لهذا زيادة تحقيق وبيان في الفصل الثاني من الباب الرابع فانتظر

المادة ١٥٣٨ - ✻الابراء العام هو ابراء واحد آخر من سائر الدعاوي ✻

الابراء العام يكون على سبيل الاخبار فيبرأ به عن كل عين ودين — كلا حق او لا دعوى او لا خصومة لي قبل فلان او هو بريء من حقي او لا دعوى لي عليه او لا تعلق لي عليه او لا استحق عليه شيئاً او ابس لي معه امر شرعي وتكون على سبيل الانشاء كقوله ابرأتك من حقي او مما لي قبلك · وحكمه كالاول يعني يبرأ به عن كل دين وعين على ما حققه الشرنبلالي واقره العلامة ابن عابدين · ثم انما يبرأ عن العين قضاء لا ديانة لان انشاء الابراء اسقاط والعين لا تقبل الاسقاط ومعنى برائته عنها في القضاء ان الدعوى بها بعد الابراء لا تسمع وسيأتي لهذا زيادة تحقيق ·

- الباب الاول -

« في بيان من يعقد الصلح والابراء »

المادة ١٥٣٩ ـ ﴿ يشترط ان يكون المصالح عاقلاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فلا يصح صلح المجنون والمعتوه والصبي غير المميز اصلاً ويصح صلح الصبي المأذون ان لم يكن فيه ضرر بين كما اذا ادعى احد على الصبي المأذون شيئاً واقر به يصلح صلحه عن اقرار وللصبي المأذون ان يعقد الصلح على تاجيل وامهال طلبه واذا صالح على مقدار من طلبه و كانت له بينة على تمامه لا يصح صلحه وان لم تكن له بينة وتحقق ان خصمه سيحلف يصح وان ادعى على آخر مالاً فصالحه على مقدار قيمته يصح ولكن اذا صالح على نقصان فاحش عن قيمة ذلك المال لا يصح ﴾

وكذا لا يصح صلح النائم والمبرسم والمدهوش والمغمى عليه لاشتراكهم مع المجنون واخوته في انه ليس لهم قصد شرعي كما في الفصول . واما السكران فلا يدخل فيهم لانه مخاطب زجراً له وتشديداً عليه لزوال عقله بمحرم ولذا قال في منية المفتي صلح السكران جائز اه . كذا في التكملة وقوله ان لم يكن فيه ضرر بين صادق في ثلاث صور ان يكون نفعاً محضاً او لا نفع فيه ولا ضرر او فيه ضرر غير بين وخرج به صورة رابعة وهو ما كان فيه ضرر بين فصلحه فيها

غير جايز . قال العلامة الطحطاوي فاذا ادعى الصبي المأذون على انسان ديناً وصالحه على بعض حقه فان لم يكن عليه بينة جاز الصلح اذ عند انعدامها لا حق له الا الخصومة والحلف والمال انفع منهما . وان كانت البينة ، لم يجز لان الحط تبرع وهو لا يملكه ومثال ما لا ضرر فيه ولا نفع صلحه عن عين بقدر قيمتها ومثال ما لا ضرر فيه بين ما اذا اخر الدين فانه يجوز لانه من اعمال التجارة اه

وظاهر قوله اذ عند انعدامها الخ ان تحقق حلف الخصم ليس بشرط لصحة الصلح بل يكفي فيه ظن ذلك تأمل . وانظر ما لو كان له بينة لكن خاف ان لا يقبلها القاضي وما سيأتي نقله عن كتاب جامع احكام الصغار في شرح المادة الآتية ليس فيه التقييد بتحقق حلف الخصم وفيه التقييد بكون البينة عادلة فتأمل . ثم انظر ايضاً ما لو علم انه لا يتمكن من الاثبات وحكم القاضي على الخصم ، حتى يصرف من ماله مقدار ما يفوته بالمصالحة او اكثر . ويظهر لي ان صلحه حينئذٍ يصح لان الضرر غير بين بل هذا الصلح والحالة هذه يقدم عليه اعقل الناس واحرصهم .

المادة ١٥٤٠ = ✻ اذا صالح ولي الصبي عن دعواه يصح ان لم يكن فيه ضرر بين وان كان فيه ضرر بين لا يصح بناءً عليه لو ادعى احد على صبي كذا دراهم وصالح ابوه على ان يعطي كذا دراهم من مال الصبي يصح ان كان للمدعي بينة وان لم تكن له بينة لا يصح واذا كان للصبي طلب في ذمة آخر وصالحه ابوه بحط مقدار منه لا يصح صلحه ان كانت له بينة وان لم تكن له بينة وتحقق ان المديون سيحلف يصح ويصح صلح ولي الصبي على مقدار مال يساوي مقدار طلبه ولكن اذا وجد غبن فاحش لا يصح ✻

عبارة كتاب جامع احكام الصغار هكذا : واذا كان للصبي دار او عبد فادعى رجل فيه دعوى فصالحه ابوه على شيء من مال الصغير فهذا على وجهين ان كان للمدعي بينة على دعواه وكان ما اعطاه الاب من مال الصبي مثل حق المدعى او اكثر منه قيمة مقدار ما يتغابن الناس فيه ، جاز لانه بمنزلة البيع ويجوز البيع بمقدار القيمة او بزيادة قليلة يتغابن الناس فيها . ولو صالح على مال نفسه فحينئذٍ يصح قليلاً كان او كثيراً . وان لم يكن للمدعي بينة لا يجوز ان يصالح الا ان يصالح من مال نفسه . ولو كان للصبي دين على رجل فصالحه الاب على مال قليل فان لم يكن له بينة والاخر منكر للدين جاز صلحه . وان كان الدين ظاهراً بالبينة او بالاقرار فان صالحه على محاباة يتغابن الناس فيها ، جاز بمنزلة البيع وان حط مقدار ما لا يتغابن الناس فيه ، لا يجوز وان كان الدين وجب بمعاقدة الاب جاز صلحه على نفسه ويضمن للابن مقدار الدين عند الطرفين وقال ابو يوسف لا يجوز . والجد والوصي في جميع ما ذكرنا كالاب اه

وفي كتاب آداب الاوصياء عن الولوالجية صلح الوصي على وجهين — اما ان يصالح عن حق الميت على انسان او عن دعوى الغير على الميت ، ففي الوجه الاول المسئلة على اربعة اوجه ان يكون للميت بينة او يكون من عليه الحق مقراً او يكون القاضي قد قضى له بذلك او لم يكن له شيء من هذه الثلاثة ففي ما سوى الاخير لا يجوز صلحه وفيه اي في الاخير يجوز . اما عدم الجواز في الاول فلأن مبنى الصلح على الاغماض والتجوز بدون الحق فلا يكون خيراً للميت فلا يجوز من الوصي ، لان مبنى تصرفاته الخيرية وقد فقدت . واما الجواز في الثاني فلأن فيه تحصيل بعض الحق لليتيم في حال توى كله فلا شك في خيريته اه . وفي كل من هذين الكتابين اطلق جواز الصلح اذا لم تكن بينة على مديون الصبي ولم يقيده بان تحقق الوصي ان المديون سيحلف فتنبه وحرر .

وفي فتاوى علي افندي عن حاوي الزاهدي ادعى على رجل الفاً لليتيم ولا بينة له فصالح بخمساية عن انكار ثم وجد بينة عادلة فله ان يقيمها — وكذا الصبي اذا وجد بينة بعد البلوغ اه

المادة ١٥٤١ = ﴿ لا يصح ابراء الصبي والمجنون والمعتوه مطلقاً ﴾

سواء كان ابرأ استيفاء او ابراء اسقاط لان الاول اقرار واقرارهم غير صحيح والثاني تبرع وهم ليس من اهل التبرع وليست هذه المادة مكررة مع المادة ١٥٣٩ لان تلك في صلح المجنون واخويه وهذه في ابرائهم ٠

المادة ١٥٤٢ — ﴿ الوكالة بالخصومة لا تستلزم الوكالة بالصلح بناء عليه اذا وكل احد آخر بدعواه وصالح الوكيل عن تلك الدعوى بلا اذن لا يصح صلحه ﴾

وكذا الوكيل بتقاضي الدين لا يملك الصلح اجماعاً كما ان الوكيل بالصلح لا يملك الخصومة كما في التنوير وقدمناه في كتاب الوكالة

المادة ١٥٤٣ — ﴿ اذا وكل احد آخر على ان يصالح عن دعواه وصالح الوكيل بالوكالة يلزم المصالح عليه الموكل ولا يؤاخذ الوكيل بذلك ولا يطالب به الا ان يكون الوكيل قد ضمن المصالح عليه فعلى هذا الحال يؤاخذ الوكيل بحسب كفالته وايضاً لو صالح الوكيل عن اقرار بمال عن مال واضاف الصلح الى نفسه فحينئذٍ يؤاخذ الوكيل يعني يؤخذ بدل الصلح منه وهو يرجع على الموكل مثلا لو صالح الوكيل بالوكالة على كذا دراهم يلزم الموكل اعطاء ذلك المبلغ ولا

يكون الوكيل مطالبًا به لكن لو قال صالح على كذا وانا كفيل به يؤخذ ذلك المال منه وهو يرجع على موكله وايضًا لو وقع الصلح عن اقرار بمال عن مال بان كان قدعقد الوكيل الصلح بقوله للمدعي صالحني عن دعوى فلان بكذا يؤخذ بدل الصلح منه لانه في حكم البيع وهو يرجع على الموكل ✲

حاصل المسئلة ان الوكيل بالصلح من طرف المدعى عليه ان صالح صلحًا لا يمكن حمله على المعاوضة بان كان اسقاطًا محضًا — كما اذا صالح عن دم العمد او عن جناية العمد فيما دون النفس ، او عن بعض ما يدعى عليه من الدين ، فلا يكون هو اي الوكيل مطالبًا بالمال المصالح عليه يعني بدل الصلح لانه حينئذٍ سفير محض فلا تتعلق به الحقوق — الا ان يضمنه فيكون حينئذٍ مؤآخذًا بعقد الضمان لا بعقد الصلح . ولا فرق في هذا بين ان يكون الصلح عن اقرار اوانكار او سكوت وان كان الصلح مما يحمل على المعاوضة كالصلح عن مال بمال كأن صالح عن دعوى عليه في دار بعبد او بكذا دراهم فان كان الصلح عن انكار او سكوت فكذلك الحكم يعني لا يطالب الموكل ببدل الصلح مالم يضمنه لان الصلح في المعاوضات اذا كان عن انكار يكون معاوضة باسقاط الحق فكان كالاسقاط المحض . وان كان عن اقرار فالبدل يطالب به الوكيل لان الصلح حينئذٍ يكون بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون هو المطالب ببدل الصلح

فتحصل من هذا كله ان الوكيل بالصلح لا يلزمه بدل الصلح الا في صورتين .

الاولى ان يضمنه بان يقول صالحتك على اني ضامن او كفيل ببدل الصلح والثانية ان يكون الصلح عن مال ليس بدين وهو عن اقرار ففي هاتين الصورتين يلزمه المال ومتى دفعه من ماله كان له الرجوع به على موكله وان لم يأمره بالكفالة

او بالدفع لان التوكيل بعقد الصلح امر بالاداء عنه ليفيد الامر فايدته اذ الصلح جايز بغير امره فكان فايدة امره الرجوع عليه اذا ضمن هذا ملخص ما في الهداية وشروحها والكنز وشروحه وذكر في حاشية الزيلعي معزياً للاتقاني ان الوكيل اذا اضاف عقد الصلح الى نفسه بان قال صالحني، او اضاف البدل الى مال نفسه بان قال صالحتك على ماية درهم من مالي او على عبدي هذا كان كما اذا ضمنه لانه ان اضاف العقد الى نفسه فقد جعل نفسه اصلاً في العقد وكذا اذا اضاف الى مال نفسه والتزم المال فقد جعل نفسه اصلاً وانه يصلح اصلاً في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الآمر لانه بمنزلة الوكيل بالشراء او بمنزلة الوكيل بالخلع

وهذا بخلاف ما اذا اضاف الصلح الى غيره بان قال صالح فلاناً فانه يكون سفيراً ولا عهدة على السفير . وكذلك ان قال صالحتك ولم يذكر فلاناً فهو بمنزلة الاضافة الى فلان لان الصلح لقطع الخصومة . والخصومة بين المصالح وبين فلان فصار هذا والاضافة الى فلان سواء اه ملخصاً

وهذا اي كون المال على الموكل، او كون الوكيل له الرجوع به عليه اذا اطلق الموكل الوكالة وفوضها لراي الوكيل او قيدها والوكيل لم يخالف والا فلا يلزم الموكل بدل الصلح . قال في الهندية لو وكله ان يصالح بالف درهم ويضمن المال فصالح بالفين او بماية دينار ونقده من ماله او صالح على شيء من العروض أو المكيل او الموزون من عنده فالصلح جايز ولا يرجع على الموكل بشيء . ولو صالحه على اقل من الف درهم وضمنه جاز على الموكل اي لانه مخالفة الى خير . وكلما خالف الوكيل في جنس ما امره بالصلح عليه او وصفه جاز على الوكيل دون الموكل اه . وتمامه فيها من الباب السابع في التوكيل بالخصومة من كتاب الوكالة

المادة ١٥٤٤ — ✵ اذا صالح احد وهو فضولي يعني بلا امر عن دعوى واقعة بين شخصين فان كان ضمن بدل الصلح او اضاف بدل الصلح الى ماله بقوله على مالي الفلاني او اشار الى النقود او العروض

الموجودة بقوله على هذا المبلغ او هذه الساعة او اطلق بقوله صالحت على كذا ولم يكن ضامناً ولا مضيفاً الى ماله ولا مشيراً الى شيء وسلم المبلغ ، يصح الصلح بهذه الصور الاربع ويكون المصالح متبرعاً واذا لم يسلم بدل الصلح في الصورة الرابعة يكون موقوفاً على اجازة المدعى عليه فان اجاز يصح الصلح ويلزمه البدل وان لم يجز يبطل وتبقى الدعوى على حالها ✻

حاصله ان الصور خمس اربع يتم فيها الصلح ويكون الفضولي المصالح متبرعاً وواحدة وهي الاخيرة منها لا يتم الصلح بل يتوقف على اجازة المدعى عليه . وذكر في الخانية وشروح الهداية صورة اخرى يصح فيها الصلح ويكون الفضولي متبرعاً وهي ما اذا اضاف العقد الى نفسه بان قال صالحني عن دعواك على فلان على الف قالوا لانه اذا اضاف عقد الصلح الى نفسه بقوله صالحني نفذ العقد عليه فكان ملتزماً للمال بمقابلة اسقاط اليمين عن المدعي عليه فيصح الصلح ويكون الفضولي متبرعاً وعليه تكون الصور ستة ، لان الفضولي عند الصلح اما ان يقرن بذكر المال ضمان نفسه ، او لا والاول هو الصورة الاولى . والثاني اما ان يضيف بدل الصلح الى مال نفسه ، او لا والاول هو الصورة الثانية والثاني اما ان يضيف عقد الصلح الى نفسه بان يقول صالحني عن دعواك على فلان على الف ، او لا والاول هو الصورة الثالثة . والثاني اما ان يشير الى مال موجود كصالحتك على هذا الالف او على هذا العبد ، او لا والاول الصورة الرابعة . والثاني اما ان يسلمه البدل او لا والاول هو الصورة الخامسة . والثاني هو الصورة السادسة وهو ان يقول صالح فلاناً عن دعواك عليه على الف ولم يضمنها ولم يقل صالحني ولم يقل من مالي ولم يشر اليها ولم يسلمها للمدعي ففي الخمس الاولى يتم الصلح ويكون الفضولي المصالح متبرعاً وفي الاخيرة يتوقف على اجازة المدعى عليه فان اجازه ، جاز ولزمه بدل الصلح لان الاجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك كما تقدم في المادة السابقة وشرحها

وان لم يجز يبطل الصلح لانه لم يجب المال والمدعى به لا يسقط
وانما كان الحكم كما ذكرنا لانه لم يحصل للمدعي عليه الا البرائة عن المال
المدعى به ان كان مقراً او عن الخصومة فيه ان كان منكراً والمدعي ينفرد بهذا
الابراء غير انه لم يرض بسقوط حقه مجاناً فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح
ولزم لتمام رضاه والا توقف على اجازة المدعى عليه . وسلامة العوض تكون بالضمان
لانه ان لم يلزمه بالعقد لكونه سفيراً فيه ، لزمه بالضمان لولايته على نفسه . وكذا
بالاضافة الى مال نفسه كقوله صالحتك على الفي او الف من مالي او على عبدي
او اضاف الصلح الى نفسه كقوله صالحني على دعواك على فلان على الف لان
اضافه المال او العقد الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعي وهو قادر على ذلك
فيجب عليه تسليمه — وكذا بالمعرف المشار اليه كصالحتك على هذا الالف او هذا
العبد ، لانه كالمضاف الى مال نفسه من حيث انه تعين للتسليم بشرطه فيتم به
الصلح . وكذا بتسليم العوض اليه لانه بتسليم العوض حقيقة تم رضاه فصار فوق
الضمان ، والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض في هذه المواضع الخمسة ، تم رضاه
وبرىء المدعى عليه من الدعوى ولا يكون لهذا الفضولي المصالح شيء من المدعى
به يعني لا يصير الدين المدعى به ملكاً للمصالح وان كان المدعى عليه مقراً وانما
يكون ذلك للذي بيده يعني في ذمته لان تصحيح الصلح بطريق الاسقاط كما
مر لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شيء فاي شيء يثبت له بعد ذلك

ولا فرق في هذا اي في ان المصالح لا يملك الدين المدعى به بين ما اذا كان
الخصم مقراً او منكراً . اما اذا كان منكراً ، فظاهر لان في زعمه ان لا شيء
عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه . واما اذا كان مقراً فبالصلح كان ينبغي ان يصير
المصالح مشترياً ما في ذمته بما ادى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين
لا يجوز

وهذا بخلاف ما اذا كان المدعى به عيناً والمدعى عليه مقراً فان المصالح يصير
مشترياً لنفسه حيث كان بغير امره لان شراء الشيء من مالكه صحيح وان كان
في يد غيره . ولو استحق بدل الصلح في الوجوه التي تقدمت او وجده المدعي زيوفاً
او ستوقة لم يرجع على الفضولي المصالح بشيء ، لانه متبرع التزم تسليم شيء معين

ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شيء آخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل — ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجاناً الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار ديناً في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور هذا ملخص ما في العناية والزيلعي وشروح الهداية .

- الباب الثاني -

☀ في بيان بعض احوال المصالح عليه والمصالح عنه ☀

« وبعض شروطهما »

المادة ١٥٤٥ — ☀ ان كان المصالح عليه عيناً فهو في حكم المبيع وان كان ديناً فهو في حكم الثمن فالشيء الذي يصلح ان يكون مبيعاً او ثمناً في البيع يصلح لان يكون بدلاً في الصلح ايضاً ☀

ولهذا قالوا ان وقع الصلح عن مال بمال وكان عن اقرار يكون بيعاً وتجري فيه احكام البيع كما سيأتي . وهذه المادة مذكورة بلفظها قبيل الفصل الثاني في الصلح في الدين من الهندية معزوة للمحيط وذكر في التكملة عن الزيلعي انه ينظر ان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء ان كان عن اقرار . وان وقع على جنسه فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء يعني لما زاد عن البدل وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان باكثر منه فهو اي الزائد فضل وربا اه ثم ان هذه المادة اصل وما بعدها من المواد مفرع عليها

المادة ١٥٤٦ — ﴿ يشترط ان يكون المصالح عليه مال المصالح وملكه وبناء عليه لو اعطى المصالح مال غيره ليكون بدل الصلح لا يصح صلحه ﴾

ولهذا لو استحق المصالح عليه يبطل الصلح كما تقدم في شرح المادة ١٥٤٤ ويأتي في المادة ١٥٥٠ اما لو كان البدل مضموناً على المصالح ثم بعد ان صالح ضمن قيمته لمالكه كان الصلح ماضياً على الصحة كما هو ظاهر

المادة ١٥٤٧ — ﴿ يلزم ان يكون المصالح عليه والمصالح عنه معلومين ان كانا محتاجين الى القبض والتسليم والا فلا مثلا لو ادعى احد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وادعى هذا من الروضة التي هي في يد ذلك حقاً وتصالحا على ان يترك كلاهما دعواهما من دون ان يعينا مدعاهما يصح كذلك لو ادعى احد من الدار التي هي في يد الآخر حقاً وصالحه على بدل معلوم ليترك الدعوى يصح ولكن لو تصالحا على ان يعطي المدعي للمدعى عليه بدلاً وان يسلم هذا حقه لذلك لا يصح ﴾

عبارة الهداية ويفسده اي الصلح جهالة البدل لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط اه . وهكذا عبارات المتون كالكنز والملتقى والتنوير وغيرها وكأنها مبنية على ما هو الغالب من ان المدعي هو الذي يأخذ البدل لاسقاط دعواه عن المدعى عليه فيشترط ان يكون البدل معلوماً ، لانه

يحتاج الى قبضه وتسليمه . وجهالته تمنع من ذلك بخلاف جهالة المصالح عنه لانه لا يحتاج فيه الى القبض . وهذا التعليل يقتضي انه لو وقع الصلح في صورة يحتاج فيها الى قبض المصالح عنه يعني المدعي به اشترط فيه علم المدعى به وعن هذا قال في العناية في شرح قول الهداية السابق مانصه : وهذا ليس على اطلاقه بل فيه تفصيل احتجنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على اربعة اوجه — اما ان يكون عن معلوم على معلوم وهو جايز لا محالة ، واما ان يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل ان يدعي حقاً في دار رجل وادعى المدعى عليه حقاً في ارض بيد المدعي واصطلحا على ترك الدعوى جاز ، وان احتيج اليه بان اصطلحا على ان يدفع احدهما مالاً ولم يبينه على ان يترك الآخر دعواه او على ان يسلم اليه ما ادعاه لم يجز — واما ان يكون عن مجهول على معلوم وقد احتيج فيه الى التسليم — كما لو ادعي حقاً في دار في يد رجل ولم يسمه فاصطلحا على ان يعطيه المدعي مالاً معلوماً ليسلم المدعى عليه الى المدعي ما ادعاه وهو لا يجوز . وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصطلحا في هذه الصورة على ان يترك المدعي دعواه ، جاز . واما ان يكون عن معلوم على مجهول وقد احتيج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز . والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم ، هي المفسدة فما لا يجب فيه التسليم والتسلم ، جاز اي لان الصلح حينئذ يكون اسقاطاً وجهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع اه ولهذا صرحت المتون باشتراط القدرة على تسليم بدل الصلح — فاستفيد منها انه لا يصح الصلح على عبده الآبق وطيره في الهواء ، وسمكه في الماء ، وجذعه في السقف ، وذراع من ثوبه الذي تضره القسمة ، وحمل جاريته او فرسه كما افاده في التكملة

هذا وقد بين في جامع الفصولين كيفية كون البدل المصالح عليه معلوماً او مجهولاً فقال في الفصل الثلاثين منه : الصلح على مال — لا يخلو من خمسة اوجه — وجه يحتاج الى ذكر القدر فقط ، ووجه يحتاج الى ذكر القدر والصفة ، ووجه الى قدر وصفة ومكان تسليم ، ووجه الى صفة واجل ، ووجه الى اشارة وتعيين

اولها : صلح على دراهم او دنانير او فلوس اذ التعامل يغني عن بيان الصفة يقع على نقد غلب في البلد ٠

ثانيها : صلح على تبر او وزني او كيلي مما لا حمل له ولا موءنة فيحتاج الى قدر وصفة اذ هذه الاشياء لها ثلاثة اوصاف جيد ووسط ورديء وليس بعضها باغلب من بعض عند الناس فلا بد من بيان ٠

وثالثها : صلح على كيلي او وزني مما له حمل وموءنة فيحتاج الى قدر وصفة وكذا الى مكان تسليمه عندابي حنيفة رحمه الله تعالى كما في السلم

ورابعها : صلح على ثوب فلا بد من بيان ذرع وصفة واجل اذ الثوب لم يكن ديناً الا في السلم وهو عرف موءجلاً وليس هذا ككيلي ووزني اذ يجوز فيه السلم والقرض فلو بين الاجل يرد حكمه الى السلم ولولم يبين فالى القرض — واما الثوب ديناً في الذمة فليس له الا السلم فلا يرد الا اليه ٠

وخامسها : صلح على حيوان ولا يجوز الا بعينه اذ الصلح من التجارة والحيوان لا يصلح ديناً في التجارة اه ٠

— الباب الثالث —

« في المصالح عنه ويشتمل على فصلين »

— الفصل الاول —

﴿ في الصلح عن الاعيان ﴾

المادة ١٥٤٨ — ﴿ ان وقع الصلح عن الاقرار على مال معين عن دعوى مال معين فهو في حكم البيع ﴾

لما كان الاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه كما صرحوا به يثبت

هذه المادة وما بعدها من مواد هذا الفصل تبعاً للقدوري وعامة المتون ضابطة يعرف بها انه على اي عقد يحمل افاده في تكملة الفتح . ثم قال و كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال على مال ، انما هو اذا وقع على خلاف جنس المدعى — واما فيما اذا وقع على جنسه — فان كان باقل من المدعى فهو حط وابراء ، وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء ، وان كان باكثر منه فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره اه . وقدمنا هذا في شرح المادة ١٥٤٥ عن الزيلعي وذكر في البحر ان الصلح ان وقع عن مال على مال اعتبر بيعاً ان كان على خلاف الجنس الا في مسئلتين .

الاولى اذا صالح عن الدين على عبد والمدعى عليه مقر بالدين وقبض العبد ليس له المرابحة من غير بيان

الثانية اذا تصادقا على ان لا دين بطل الصلح كما لو استوفى عين حقه ثم تصادقا ان لا دين ولو كان بيعاً وتصادقا على ان لا دين لا يبطل البيع اه

﴿ فكما يجري فيه خيار العيب والرؤية والشرط كذلك تجري فيه الشفعة ايضاً ان كان المصالح عليه او المصالح عنه عقاراً ﴾

اما خيار العيب فكما اذا كان البدل عبداً فوجد المدعي فيه عيباً ، فله ان يرده بيسير العيب وفاحشه . ولو كان الصلح عن انكار فلا يرده الا بفاحشه . واما خيار الرؤية فاذا كان المدعي لم ير البدل حين العقد فله رده اذا رآه كما هو حكم البيع و كذلك يرد المصالح عنه ان كان لم يره . واما خيار الشرط فكأن يتصالحا على شيء فيشترط احدهما الخيار لنفسه مدة معينة افاده في تكملة رد المحتار . ونقل عن المنبع ان الصلح يبطل بالرد باحد هذه الخيارات الثلاث اه

اقول قوله و كذلك يرد المصالح عنه ان كان لم يره : فيه وقفة لان الصلح اذا كان عن اقرار كما هو فرض المسئلة . وقد دفع المدعي مالاً للمدعى عليه ليستلم ملكه دفعاً للمخاصمة فكيف يرد ملك نفسه بخيار رؤية او عيب فامعن النظر . ثم ان قوله في هذه المادة ان كان المصالح عليه او المصالح عنه عقاراً او العاطفة فيه

لمنع الخلو لا لمنع الجمع فتثبت الشفعة في كل منهما لو كان كل منهما عقاراً لان الصلح اذا كان عن اقرار يكون بيعاً في حق كل منهما — بخلاف ما اذا كان عن انكار او سكوت كما سيأتي في المادة ١٥٥٠ فان الشفعة انما تجري في العقار المصالح عليه لا في المصالح عنه وهذا اذا اصطلحا على ان يأخذ المدعي الدار الاخرى وتبقى الدار المدعى بها في يد المدعى عليه — اما لو اصطلحا على ان يأخذ المدعي الدار المدعى بها ويعطيه داراً اخرى فان كان الصلح عن انكار يجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى ، لان الصلح اذا كان عن انكار ، كانت هذه مبادلة دار بدار وان كان الصلح عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعاً لان الدارين جميعاً ملك للمدعي — كذا في حاشية الشلبي عن شرح الطحاوي اه

اقول فما نقله في تكملة رد المحتار عن القهستاني واستشكله من قوله ويلزم الشفيع مثل بدل الآخر لو مثلياً وقيمته لو قيمياً غير عقار حتى لو كان البدلان عقاراً لا شفعة في واحد منهما اه ، محمول على ما اذا كان الصلح عن اقرار والمدعي دفع داراً للمدعى عليه المقر واستلم الدار المدعى بها فيوافق ما في شرح الطحاوي .

❋ ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يسترد هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً ولو استحق بدل الصلح كله او بعضه يطلب المدعي من المدعى عليه ذلك المقدار من المصالح عنه كلاً او بعضاً مثلاً لو ادعى احد على آخر داراً وتصالحا على ان يعطيه كذا دراهم مع ان المدعى عليه اقر بكون الدار له يكون كان المدعي باع تلك الدار للمدعى عليه ويجري في هذا احكام البيع ❋

لان الصلح لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ، هذا عناية فكل واحد من المصالح عنه والمصالح عليه عوض عن الآخر فايهما استحق عليه ما اخذه رجع على الآخر بما دفع ان كلاً فبالكل وان بعضاً فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة زيلعي — لكن الرجوع بكل المصالح عنه او

بعضه اذا استحق المصالح عليه يعني البدل ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا كان بدل الصلح عيناً ولم يجز المستحق الصلح كما في الكفاية قال فلو اجاز سلم العين للمدعي ورجع المستحق بقيمته على المدعى عليه ، ان كان من ذوات القيم . وان كان بدل الصلح ديناً كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون بغير اعيانها او ثياب موصوفة موجلة ، لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق يبطل الاستيفاء فصار كأنه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي اه . وذكر في البحر انه اذا ادعى عليه ألفاً فصالحه على مائة وقبضها ثم استحقت فانه يرجع عليه بمائة سواء كان الصلح بعد الاقرار او قبله كما لو وجدها ستوقة او نبهرجة — بخلاف ما اذا كان من غير الجنس كالدنانير هنا اذا استحقت بعد الافتراق فان الصلح يبطل وان كان قبله رجع بمثلها ولا يبطل الصلح كالفلوس اه

هذا و كتب في رد المحتار عند قول صاحب التنوير هنا لانه اي الصلح عن اقرار معاوضة ، بحثاً ونصه : مقتضى المعاوضة انه اذا استحق الثمن فان مثلياً رجع بمثله او قيمياً فبقيمته ولا يفسد العقد فالصلح يجري على هذا اه . اي على ان استحقاق البدل لا يوجب بطلان الصلح بل الرجوع بمثل البدل ان مثلياً و بقيمته ان قيمياً اه .

وقد علمت ان هذا مخالف لظاهر عامة المتون والشروح . ويمكن دفع البحث المذكور بان بدل الصلح لا يتعين ان يكون بمنزلة الثمن في البيع الا اذا كان مما يثبت في الذمة كالدراهم والدنانير — وكذا المكيل والموزون بغير اعيانها ومثلها ثياب موصوفة موجلة اعتباراً بعقد السلم والا فكل من بدل الصلح والمصالح عنه ثمن ومبيع باعتبارين وبطلان الصلح باعتبار كونه مبيعاً . وهذا بخلاف استحقاق الثمن في البيع فانه يتعين بدخول الباء عليه فلا فرق بين ان قيمياً او مما يثبت في الذمة . وعبارة الكفاية المارة آنفاً تشير الى ذلك فتدبر .

فروع

رجل ادعى نصف دار في يد انسان فصالحه الذي في يده الدار على دراهم مسماة ودفع الدراهم اليه . ثم استحق نصف الدار فهل يرجع المدعى عليه على المدعي

شيء من بدل الصلح فهو على وجهين — اما ان كان المدعي يدعي نصف الدار شائعاً أو يدعي نصفاً معيناً فان ادعى نصفاً شائعاً فهو على وجوه ثلاثة — اما ان قال المدعي النصف لي والنصف للمدعى عليه او يقول النصف لي ولا ادري النصف الآخر لمن هو او قال النصف لي والنصف الآخر لفلان غير المدعى عليه فان قال النصف لي والنصف الآخر للمدعى عليه فصالحه المدعى عليه على الدراهم ثم استحق نصف الدار يرجع المدعى عليه على المدعي بنصف البدل ولو قال النصف لي ولا ادري النصف الآخر لمن هو ، او قال النصف لي وسكت ثم استحق نصف الدار شايعاً لا يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من البدل لانه ما اقر بالنصف الآخر للمدعى عليه فلا يرجع بشيء كما لو ادعى حقاً في دار فصالحه المدعى عليه على شيء ثم استحق شيء من الدار فان المدعى عليه لا يرجع بشيء . وان قال المدعي النصف لي والنصف لفلان آخر غير المدعى عليه ثم صالحه المدعى عليه فاستحق نصف الدار لا يرجع المدعى عليه على المدعي بشيء من البدل ، لان قوله النصف الآخر لفلان باطل لانه اقرار بما في يد الغير فلا يصح اقراره فيصير كانه قال النصف لي وسكت . وان كان المدعي ادعى نصفاً معيناً فصالحه المدعى عليه ثم استحق النصف الذي كان يدعيه المدعي رجع المدعى عليه بجميع البدل على المدعي . وان استحق النصف الآخر ، لا يرجع بشيء وان استحق نصف شايع من الدار رجع المدعى عليه بنصف البدل على المدعي اعتباراً للبعض بالكل اه خانية

المادة ١٥٤٩ - ✻ ان وقع الصلح عن الاقرار على المنفعة في دعوى المال فهو في حكم الاجارة ويجري احكام الاجارة مثلاً لو صالح احد آخر عن دعوى روضته على ان يسكن مدة كذا في داره يكون قد استأجر تلك الدار في مقابلة الروضة تلك المدة ✻

يفتي ان الصلح عن اقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون اجارة لما تقدم من ان الصلح يحمل على اشبه عقد له اذ العبرة للمعاني فوجب حمله على الاجارة هنا لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض زيلعي فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة ، يجوز استحقاقها بعقد الصلح ، وما لا فلا . حتى انه لو صالح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة ، جاز . وان قال ابداً او حتى يموت لا يجوز و كذلك ان صالح على ان يزرع ارضاً له بعينها سنين مسماة ، يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة كفاية

والحاصل انه يشترط التوقيت فيما يحتاج اليه كخدمة العبد وسكنى الدار بخلاف صبغ الثوب ونحوه مما تعلم المنفعة فيه بالتسمية او بالاشارة كنقل هذا الطعام الى كذا فالمدار على العلم بالمنفعة كما تقدم في الاجارة وانه يبطل بموت احد المتصالحين ان عقد المنفعة لنفسه و كذا بفوات المحل قبل الاستيفاء ولو كان بعد استيفاء البعض ، بطل فيما بقي ويرجع بالمدعى بقدره افاده في البحر . ثم قال وانما يعتبر اجارة اذا وقع على خلاف المدعى به فان ادعى داراً فصالحه على سكناها شهراً فهو استيفاء لبعض حقه لا اجارة ولهذا تصح اجارته للمدعي عليه اه

ثم ان اعتبار الصلح عن مال على منفعة بالاجارة على الاطلاق ، قول محمد رحمه الله تعالى وعند ابي يوسف ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى داراً ثم صالح عنها على سكنى دار ، او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا الثوب شهراً ثم هلك المدعي او المدعي عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء ، بطل الصلح قياساً على قول محمد رحمه الله تعالى فيعود على رأس الدعوى وقال ابو يوسف رحمه الله تعالى ان مات المدعى عليه لا يبطل الصلح والمدعى يستوفيه وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيبطل ضرورة كذا في الكفاية . والذي يقتضيه اطلاق المتون هو قول محمد .

بقي انه لم يذكر في هذه المادة ما اذا وقع عن منفعة بمال او بمنفعة والمذكور في الدر وحواشيه انه مثل الاول يعني حكمه كالاجارة ايضاً الا ان بينهما فرقاً من حيث ان المصالح عنه اذا كان مالاً كما هو موضوع هذه المادة فانما يكون الصلح معتبراً بالاجارة اذا وقع عن اقرار . اما اذا وقع عن انكار او سكوت ، فلا لانه حينئذٍ يكون فداء عن اليمين او قطعاً للخصومة فلا يكون مبادلة في حق المدعى عليه بخلاف ما اذا كان المصالح عنه منفعة فانه يكون معتبراً بالاجارة مطلقاً سواء وقع عن اقرار او انكار او سكوت صرح بهذا في العناية والكفاية وتكملة رد المحتار وغيرها . ولهذا لما كان موضوع هذه المادة في الصلح عن اقرار لم يذكر فيها ما اذا كان المصالح عنه منفعة بما اذا ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحده الوارث او اقر به فصالحه الوارث على مال او على منفعة كخدمة عبد المدعى عليه سنة او ركوب دابته الى بغداد ، فانه يجوز لانه جاز اخذ العوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح اه . واستشكل هذا التعليل بان المصالح عنه اذا كان منفعة كيف يكون حكمه كالاجارة واستئجار المالك منفعة ملكه باطل واجاب عنه في تكملة فتح القدير بما ملخصه ان الموصى له بالسكنى مثلاً وان لم يقدر على تمليك المنفعة الموصى بها حقيقة — الا انه يقدر على تمليكها حكماً من حيث انه يقدر على اسقاطها ببدل لان السكنى الموصى بها حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم اه .

ثم انما يجوز الصلح عن منفعة بمنفعة اذا كانت المنفعتان مختلفتي الجنس وان كانتا متفقتين بان يصالح عن السكنى على السكنى او عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز استئجار المنفعة بجنسها فكذا الصلح . وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح — كذا في التبيين ومثله في البحر ومجمع الانهر وغيرها . ونقل مثله في تكملة فتح القدير عن البدائع — لكن نقل قبل هذا عن الاسبيجابي في شرح الكافي — وكذا عن النهاية عن المغني ما يدل على جواز الصلح عن المنفعة وان اتحد جنس المنفعتين حيث جوزا مصالحة الوارث عن خدمة عبد على خدمة عبد آخر . ثم قال : هو مخالف لما ذكر في كثير من الكتب المعتبرة لان المصرح به في كثير من المعتبرات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة

فتدبر اه ملخصاً .

اقول : لعلهم اعتبروا الخدمة اجناساً فخدمة هذا العبد جنس وخدمة عبد آخر جنس آخر . فان ما يقدر عليه احدهما من انواع الخدمة قد لا يقدر عليه الآخر وهذا بخلاف السكنى وركوب الدابة ونحوها وبه يحصل التوفيق بين كلامهم فتدبر — لكن يعكر على ما قلنا ما نقله في تكملة رد المحتار عن القهستاني من انه لو اوصى بسكنى دار لرجل ثم مات فادعى الموصى له السكنى فصالح الوارث عن هذه السكنى على سكنى دار اخرى او دراهم مسماة انه يجوز اه — لكن ذكر في اوائل الدر ان القهستاني لا يتابع على ما يذكره مخالفاً لغيره لكونه مجهولاً والله اعلم .

المادة ١٥٥٠ - (الصلح عن الانكار او السكوت هو في حق المدعي معاوضة وفي حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة فتجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه ولو استحق كل المصالح عنه او بعضه يرد المدعي الى المدعى عليه هذا المقدار من بدل الصلح كلاً او بعضاً ويباشر المخاصمة بالمستحق ان شاء ولو استحق بدل الصلح كلاً او بعضاً يرجع المدعي بذلك المقدار الى دعواه)

انما كان الصلح عن الانكار او السكوت معاوضة في حق المدعي ، لأنه يدعي انه محق في دعواه والذي اخذه عوض عن حقه . والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة . والمدعى عليه يزعم ان المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه ولدفع اليمين شلبي .

قال الزيلعي : ويجوز ان يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار

شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في اصولهما فهو آخذ كل منهما بما يزعم . وهذا في الانكار ظاهر لانه يتبين بالانكار ان ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضاً عما دفع بالشك اه

وقد افادت هذه المادة انه يتفرع على هذا مسئلتان :

الاولى : انه تجري الشفعة في العقار المصالح عليه ولا تجري في العقار المصالح عنه يعني لو ادعى على المنكر او الساكت داره فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب في داره الشفعة لانه يدعي انها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع للمدعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة — لكن للشفيع ان يقوم مقام المدعي فيدلي اي يتوصل بحجة المدعي الى اثبات الدعوى على المنكر او الساكت فان كان للمدعي بينة اقامها الشفيع عليه واخذ الدار بالشفعة لانه باقامة البينة تبين ان الصلح كان في معنى البيع . وكذا لو لم يكن له بينة فحلف المدعى عليه فنكل ولو ادعي عليه شيء فصالح عنه على دار فدفعها الى المدعي وجبت فيها الشفعة لان المدعي يدعي انه يأخذها عوضاً عما ادعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يؤاخذ بزعمه — حتى لو ادعى عليه داراً فانكر فصالحه عنها على دار اخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها الا ترى ان رجلاً لو قال اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة زيلعي مع زيادة من الدر وحواشيه .

اقول ، كون الشفعة لا تجري في المصالح عنه ليس على اطلاقه بل هو مقيد بما اذا لم يكن المنكر او الساكت هو الذي قبض بدل الصلح لما في الخانية لو جرى الصلح بين المدعي والمدعى عليه على ان يعطي المدعي للمدعى عليه دراهم مسماة ويأخذ الدار كان للشفيع فيه الشفعة ووجه الفرق ظاهر اه هذا وذكر في تكملة رد المحتار ما نصه : قال في : الخانية ادعيا ارضاً في يد رجل بالارث من ابيهما فجحد ذو اليد فصالحه احدهما على مائة لم يشاركه الآخر لان الصلح

معاوضة في زعم المدعي فداء يمين في زعم المدعى عليه فلم يكن معاوضة من كل وجه فلا يثبت للشريك حق الشركة بالشك وفي رواية عن ابي حنيفة يشاركه اه ملخصاً .

اقول لم لم يؤاخذ بزعمه كما يأتي نظيره ولعل العلة في ذلك انه باع نصيبه فقط ولا شركة لاخيه فيه بخلاف ما لو صالح المديون على مقدار معلوم حيث يشاركه اخوه كما هو ظاهر اه وهو كلام حسن الا ان الاشكال في تعليل الخانية فان قوله لان الصلح معاوضة في زعم المدعي الخ ، يقتضي انه لو كان معاوضة في حقهما بان كان الصلح عن اقرار يثبت للوارث الآخر حق الشركة في بدل الصلح مع ان صريح كلام الخانية اواخر باب الصلح عن العقار وما يتعلق به ان احد الوارثين صالح عن حصته فقط فلا وجه يظهر لثبوت شركة من لم يصالح فيما صالح عليه الاخر لانه ثمن حصته فتأمل .

والمسئلة الثانية المتفرعة على ما تقدم من ان السكوت او الانكار معاوضة في حق المدعي وفداء عن اليمين في حق المدعى عليه ، هي انه لو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد البدل . ولو بعضه ، فبقدره يعني لو ادعى رجل على شخص شيئاً فانكر او سكت ثم صالحه على شيء ثم استحق المدعى كله او بعضه رد المدعي العوض الذي اخذه كله او بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه اخذه على زعمه عوضاً عما ادعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كانه اشتراه منه ، ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته على نفسه ليبقى المدعى في يده من غير خصومة احد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين ايضاً ان المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه . وانما يرجع المدعي بالخصومه لان المستحق قام مقام المدعى عليه حين اخذ المدعي منه فيكون له ان يخاصمه - كذا في الزيلعي .

قال محشيه الشلبي قال الكاكي وهذا بخلاف ما لو اعطى المدعي شيئاً للمدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار المدعى بها فان المدعي لا يرجع على المدعى عليه بشيء لان في زعم المدعي ان ما دفع اليه ليس بواجب عليه ، لانه يقول اخذت ملكي فكنت متبرعاً فيما اعطي ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق اه

وتمامه فيه .

وفي العناية : ولو استحق المصالح عليه او بعضه رجع الى الدعوى في كله او بعضه لان المدعي ما ترك الدعوي الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم، رجع بالمبدل وهو الدعوي — بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بان قال احدهما بعتك هذا الشيء بهذا ، وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بان المدعى ملك المدعي فلا يعتبر انكاره — بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على انه اقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة ز يلعي .

وهذا اي رجوعه الى الدعوى عند استحقاق البدل ، لو كان البدل مما يتعين بالتعيين والا بان كان لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير ، لم يبطل الصلح بل يرجع بمثل ما استحق فلو ادعى عليه الفاً فصالحه على مائة وقبضها فانه يرجع عليه بالمائة عند استحقاقها كما قدمناه عن البحر في شرح الفقرة الثالثة من المادة ١٥٤٨ . وسيأتي في المادة ١٥٦٠ حكم ما اذا هلك كل البدل او بعضه وهو ان هلاكه كاستحقاقه . وذكر في التكملة انه اذا استحق البدل يعني المصالح عليه رجع بالمبدل وهو الدعوى الا اذا كان الصلح مما لا يقبل النقض كالقصاص والعتق والنكاح والخلع كما في الاشباه عن الجامع الكبير اه . قال الحموي قوله والعتق الخ : اقول لم يجعل في الجامع الكبير العتق وما عطف عليه مثالاً لما اذا كان المصالح عنه لا يقبل النقض بل نظير القصاص في عدم قبول النقض ومن ثمة قال بعض الفضلاء تصوير المسئلة فيها يحتاج الى امعان النظر والتأمل اه .

✻ تنبيه ✻

مما يتفرع على كون الصلح عن انكار معاوضة في حق المدعي انه لو اصطلحا على دراهم عن دعوى دراهم يبطل الصلح لو تفرق المتصالحان قبل القبض كما في التكملة وقدمناه

المادة ١٥٥١ — (لو ادعى احد مالاً معيناً كالروضة مثلاً وصالح

على مقدار منها وابرأ المدعى عليه عن دعوى باقيها يكون قد اخذ مقداراً من حقه وترك دعوى باقيها اي اسقط حق دعواه في باقيها)

المراد بقوله مالاً معيناً ما لا يكون ديناً في الذمة فان الصلح على مقدار منه ، صحيح مطلقاً كما سيأتي في المادة الآتية هذا ونقل في الكفاية عن الذخيرة ما نصه : رجل ادعى داراً في يد رجل واصطلحا على بيت معين من دار فهذا على وجهين — ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائز وان وقع على بيت من الدار التي وقع عليها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعي انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه فدى عن يمينه فاذا جاز هذا الصلح هل تسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل تقبل بينته على باقي الدار ففيما اذا وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا تسمع دعواه باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع ما ادعى بما اخذ . وفيما اذا وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمه الله تعالى في شرح الكافي انه تسمع دعواه وذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وهو جواب ظاهر الرواية وجه من قال تسمع ان المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي اي لان الصلح والحالة هذه اسقاط للباقي وهو بمعنى الابراء الا ان الابراء عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة واحدة . ووجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عيناً ودعوى فان المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والابراء عن الدعوى صحيح ، وان كان الابراء عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرائك عن دعوى هذه العين يصح ابراؤه حتى لو ادعى بعد ذلك لا تسمع اه . ولقد مشى في الهداية على خلاف ظاهر الرواية وتبعه صاحب التنوير وعبارة الهداية هكذا : ولو ادعى داراً فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على دعواه في الباقي . والوجه فيه يعني الحيلة في تصحيح الصلح احد امرين اما ان يزيد درهماً يعني او ثوباً في بدل الصلح فيصير ذلك عوضاً عن حقه

فيما بقي ، او يلحق به ذكر البرائة عن دعوى الباقي . يعني بان يقول برأت من دعواي في هذه الدار لان الابراء عن دعوى العين يصح حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء ببينة لم تقبل سواء بقيت الدار في يد المصالح او انتقلت الى غيره — بخلاف ما اذا قال أبرأتك عن خصومتي او عن دعواي في هذه الدار فان له ان يخاصم فيها غير المصالح ، لان هذا خطاب للواحد فله ان يخاصم غيره — واما في قوله برئت من دعواي او على اني بريء من دعواي في هذه الدار فقد اضاف البرائة الى نفسه مطلقاً فيكون هو بريئاً نقله في العناية عن الواقعات الحسامية

قلت وحاصله ان الابراء الصريح ان وقع عن العين لا يصح مطلقاً وان وقع عن دعواها فان خاطب بها واحداً بريء ذلك المخاطب فقط فلا تسمع دعواه بها عليه — لكن لو انتقلت لاخر تسمع بها الدعوى على ذلك الاخر . وان اضاف البراءة لنفسه بان قال انا بريء او برئت من دعواي بها لا تسمع دعواه بها على احد ولو كان الابراء ضمنياً يعني تضمنه الصلح على بعض المدعى به فعلى ما الهداية والتنوير لا يصح الصلح وتسمع الدعوى به بعده — الا ان يزيد في البدل درهماً او ثوباً او يلحق بالصلح ابراءه الصريح عن دعوى الباقي . وهذا لان الصلح على بعض المدعى به اسقاط للباقي فيكون بمعنى الابراء عن العين وهو غير صحيح وعلى جواب ظاهر الرواية يصح الصلح ولا تسمع الدعوى بعده لان هذا الصلح بمعنى الابراء عن دعوى العين لا عن العين

وهل المراد من عدم سماع الدعوى بعده على جواب ظاهر الرواية ، عدم سماعها على المدعى عليه فقط فتسمع على غيره لو انتقلت العين اليه نظير ما اذا قال ابرأتك عن دعوى هذه الدار او عدم سماعها مطلقاً نظير ما اذا قال انا بريء او برئت من دعوى هذه الدار ، محل توقف هذا وفي تكملة رد المحتار ما نصه : وفي منتقى ابراهيم بن رستم عن محمد : رجل ادعى داراً في يد رجل فصالحه المدعى عليه على نصفها وقال برئت من دعواي في النصف الباقي اوقال برئت من النصف الباقي اوقال لا حق لي في النصف الباقي ثم اقام البينة على جميع الدار ، لا تقبل بينته . ولو قال صالحتك على نصفها على اني ابرأتك من دعواي في النصف الآخر ثم اقام بينة كان له ان يأخذ الدار كلها وفرق بين قوله برئت

وبين قوله ابرائك . قال الا ترى ان عبداً في يد رجل لو قال رجل برئت منه كان بريئاً منه ولو قال ابرأتك منه كان له ان يدعيه وربما ابراه من ضمانه قال : وقال اصحابنا رحمهم الله تعالى انت مني بريء وانا منك بريء كان له ان يدعي في العبد اه فتأمله وفي (ط) ما نصه : قال في الخانية الابراء عن العين المغصوبة ، ابراء عن ضمانها وتصير امانة في يد الغاصب ولو كانت العين مستهلكة صح الابراء وبرىء من قيمتها اه . فقولهم الابراء عن الاعيان باطل ، معناه انها لا تكون ملكاً له بالابراء والا فالابراء عنها لسقوط ضمانها ، صحيح او يحمل على الامانة اه ملخصاً اي ان البطلان عن الاعيان محله اذا كانت الاعيان امانة لانها اذا كانت امانة لا تلحقه عهدتها فلا وجه للابراء عنها تأمل

وحاصله ان الابراء المتعلق بالاعيان — اما ان يكون عن دعواها وهو صحيح بلا خلاف مطلقاً وان تعلق بنفسها فان كانت مغصوبة هالكة صح ايضاً كالدين وان كانت قائمة فمعنى البرائة عنها ، البرائة عن ضمانها لو هلكت وتصير بعد البرائة من عينها ، كالامانة لا تضمن الا بالتعدي عليها وان كانت العين امانة فالبرائة لا تصح ديانة بمعنى انه اذا ظفر بها مالكها اخذها وتصح قضاء فلا يسمع القاضي دعواه بعد البرائة .

هذا ملخص ما استفيد من هذا المقام اه واستحسنه في رد المحتار . ثم قال : بقي لو ادعى عليه عينا فانكر ثم ابرأه المدعي عنها فهو بمنزلة دعوى الغصب لانه بالانكار صار غاصباً وهل تسمع الدعوى بعده لو قايمة الظاهر نعم اه قلت : وهذا كله في الابراء الصريح عن الاعيان واما في الابراء الذي تضمنه عقد الصلح على بعض العين المدعاة فالدعوى في باقيها لا تسمع كما هو جواب ظاهر الرواية لان الصلح انما تضمن الابراء عن الدعوى في الباقي لا عن العين كما علمت من توجيه جواب ظاهر الرواية والى هذا يشير قوله في هذه المادة اي اسقط حق دعواه في باقيها فالمجلة اخذت بجواب ظاهر الرواية لا بما في التنوير تبعاً للهداية وستأتي الاشارة الى هذا في المادة ١٥٤٩

- الفصل الثاني -

« في بيان الصلح عن الدين اي الطلب وسائر الحقوق »

المادة ١٥٥٢ — ﴿ اذا صالح احد عن طلبه الذي هو في ذمة الآخر على مقدار منه يكون قد استوفى بعض طلبه واسقط الباقي يعني ابرأ ذمة المديون من الباقي ﴾

ولا تسمع الدعوى بعد ذلك في الباقي اتفاقاً لان ما في الذمة من الدين يقبل الاسقاط اتفاقاً بخلاف العين لانها لا تثبت في الذمة . ثم ان الصلح المذكور انما يسقط به الباقي من الدين قضاء لا ديانة فلو ظفر به اخذه كما في الدر عن القهستاني — الا اذا زاد على الصلح قوله وابرأتك عن البقية حيث يبرأ حينئذ قضاء وديانة كما في الخانية قال في رد المحتار بعد هذا

قلت ويظهر من هذا ان ما تضمنه الصلح من الاسقاط ليس ابراء من كل وجه والا لم يحتج لقوله وابرأتك عن البقية اه . وهذا بخلاف الصلح على بعض العين فان الباقي لا يدخل في ملك المدعى عليه وان زاد قوله وابرأتك عن الباقي لما علمت من ان العين لا تسقط بالابراء نعم اذا كانت العين مغصوبة يكون ابراء عن ضمانها فتصير في يده امانة كما تقدم في شرح المادة السابقة

وبهذا تعلم سقوط ما بحثه هنا في تكملة رد المحتار . هذا ونقل في رد المحتار عن المقدسي معزياً للمحيط له الف فانكره المطلوب فصالحه على ثلاثماية من الالف صح ويبرأ عن الباقي قضاء لا ديانة ولو قضاه الالف فانكر الطالب فصالحه بمائة صح ولا يحل له اخذها ديانة . فيؤخذ من هذا ومن ان الربا لا يصح الابراء عنه

ما بقيت عينه ، عدم صحة براءة قضاة زماننا مما ياخذونه من الرشوة ويطلبون الابراء فيبرؤنهم بل ما اخذ من الرشا اعرق في التحريم من الربا بجامع عدم الحل في كل اه ·

قلت وهذا اي طلبهم البرائة كان في زمانهم اي في زماننا فيأخذون الرشا غير مبالين ابرأهم الدافع ام لا · ولا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم

﴿ تنبيه ﴾

استفيد من كون الصلح المذكور في هذه المادة استيفاء للبعض واسقاطاً للباقي ، ان قبض البدل فيه غير شرط لصحته لانه ليس معاوضة حتى يشترط فيه قبض البدل تخلصاً من الافتراق عن دين بدين نعم لو وقع الصلح على بدل ليس من جنس الدين المدعى به كان معاوضة فيشترط فيه القبض

قال في الدرر اثناء كتاب الصلح صالح عن كر حنطة على عشرة دراهم فان قبض اي العشرة في المجلس صح الصلح لما عرفت ان الصلح في صورة اختلاف الجنس في معنى البيع فيجب قبض احد البدلين في المجلس والا فلا اي وان لم يقبض العشرة فلا يصح الصلح لانه حينئذٍ يكون بيع الدين بالدين وهو باطل وان قبض خمسة وبقي خمسة فتفرقا صح في النصف فقط لوجود المصحح في ذلك القدر — كذا العكس يعني لو صالح عن عشرة عليه ، على مكيل او موزون فان قبض في المجلس ، جاز والا فلا لما عرفت اه

ونقل في في الحامدية عن العمادية عن الاستروشني رحمه الله تعالى قال : رأيت في اصول الفقه لبعض المتقدمين من اصحابنا رحمهم الله تعالى اذا وجب لرجل على آخر دين فصالحه عن ذلك على جنس غيره بغير عينه ولم يقبض حتى افترقا لم يجز ذلك الا في خصلة وهي ان المرأة اذا صالحت عن الدراهم اي دراهم النفقة على كذا منا من الدقيق بغير عينه جاز وان لم يقبض اه · وفي الخانية : رجل ادعى على آخر الف درهم فانكر فاصطلحا على عشرة دنانير جاز ، فان افترقا قبل القبض يبطل لان الصلح على غير الجنس لا يكون الا مبادلة والصرف يبطل بالافتراق من غير قبض اه

وفيها : ولو كان لرجل على رجل ماية درهم ومايه دينار فصالحه من ذلك على

خمسين درهماً وعشرة دنانير الى اجل جاز اه . وفيهـا : رجل له على رجل كر حنطة فصالحه عن اقرار او انكار على نصف كر حنطة ونصف كر شعير الى اجل بطل كله اه .

المادة ١٥٥٣ — ✻ اذا صالح احد على تأجيل وامهال كل نوع طلبه الذي هو معجل يكون قد اسقط حق تعجيله ✻

يعني انه يصح الصلح عن الف حال على الف موءجل لان تأجيل الداين المديون بدينه ، احسان كما ان تعجيل المديون دينه للداين احسان وما على المحسن من سبيل . وهذا بخلاف ما اذا صـالحه عن الف موءجل على خمسماية معجلة فانه لا يجوز ، لان المعجل لم يكن مستحقاً بالعقد حتى يكون استيفاوءه استيفاء لبعض حقه والتعجيل خير من النسـيئة لا محالة فيكون خمسماية بمقابلة خمسماية مثله من الدين والتعجيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام الا ترى ان الشرع حرّم ربا النسيئة وليس فيه الا مقـابلة المال بالاجل شبهةً فلأن يكون مقابلة المال بالاجل حقيقةً حراما اولى عناية .

قال في الكفاية والاصل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولاً على المعاوضة كهذه المسئلة فان الداين اسقط من حقه خمسمائة والمديون اسـقط حقه في الاجل في الخمسماية الباقية فيكون معـاوضة — بخلاف ما اذا صالح عن الف على خمسمائة فانه يكون محمولاً على اسقاط بعض الحق دون المعاوضة لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين اه

اقول : ولا بد من تقييد هذا بما اذا لم يكن بعض الدين الموءجل مقابلاً بالاجل فان كان كذلك صح ان يخصم منه ما قابل الاجل ويعجل الباقي بدليل ما في التنوير قبيل كتاب الفرائض قضى المديون الدين الموءجل قبل الحلول او مات فحل بموته فاخذ من تركته لا يأخذ من المرابحة التي جرت بينهما الا بقدر ما مضى من الايام وهو جواب المتأخرين اه قال (ط) صورته اشترى شيئاً بعشرة نقداً وباعه

لآخر بعشرين الى اجل هو عشرة اشهر فاذا قضاه بعد تمام خمسة او مات بعدها يأخذ البائع خمسة ويترك خمسة اه . اي يترك خمسة من الربح ويأخذ منه خمسة مع العشرة التي اشترى بها . وفي رد المحتار عن الخانية ان الدين اذا كان موءجلاً فقضاه المديون قبل حلول الاجل يجبر الداين على القبول اه . وافتى في الحامدية بما في التنوير وعزاه الى القنية قال وافتى به علامة الروم مولانا ابو السعود والحانوتي اه وتمامه فيها

ووجهه منقحها العلامة ابن عابدين بان المشتري لم يشتر السلعة بثمن غال الا في مقابلة الاجل فان الاجل وان لم يكن مالاً ولا يقابله شيء من الثمن الا انهم اعتبروه مالاً هنا لكونه مقابلاً بزيادة الثمن فلو اخذ كل الثمن قبل الحلول كان اخذه اي اخذ بعضه بلا عوض وفيه شبهة الربا وشبهة الربا ملحقة بالحقيقة فاذا مات وحل الاجل سقط عنه من ثمن السلعة بقدر ما بقي منه فهو نظير فوات الوصف المرغوب من المبيع — كما اذا اشترى عبداً بالف على انه كاتب مثلاً فظهر بخلافه فان له رده وان امتنع الرد لعلة رجع بالنقصان في الاصح اه

وعلى هذا يتخرج جواز ما تعورف بين تجار زماننا وهو ان سلعة التجارة اذ كانوا يبيعونها بالف نقداً يكون ثمنها الى اجل شهر بالف وعشرة قروش والى اجل شهرين بالف وعشرين وهكذا كما زاد الاجل شهراً او نصفه كان بحسابه حتى صار ذلك عرفاً مطرداً بين التجار يعرفه البائع والمشتري فلو اشترى احدهم تلك السلعة بالف ومائة الى اجل عشرة اشهر واراد ان يعجل الثمن بعد مضي شهر ويخصم منه تسعين قرشاً التي كانت مقابلة بالتسعة اشهر يجوز له ذلك ويجبر البائع على قبوله كما تقدم عن الخانية

والظاهر ان البائع لو اراد ذلك لا يجاب اليه الا برضى المشتري لان الاجل حقه فله اسقاطه وله الامتناع منه . وهذا بخلاف ما اذا لم يكن في ذلك عرف كما اذا اشتري داراً بالف الى اجل سنة مثلاً فاراد المشتري او اصطلحا على دفع تسعمائة معجلة ، فانه لا يجوز لان المائة المذكورة ليست مقابلة بالاجل لا صريحا ولا عرفاً فلا يجري فيه جواب المتأخرين بل يبقى داخلاً تحت قول عامة المتون ان الصلح عن الف موءجل على نصفه معجلاً لا يجوز للعلة المذكورة آنفاً فاغتنم

هذا التحرير فاني لم اجد من نبه عليه

المادة ١٥٥٤ — ✻ اذا صالح احد عن طلبه الذي هو سكة خالصة على ان يكون في بدله سكة مغشوشة يكون قد اسقط حق طلبه سكة خالصة ✻

ولا فرق بين ان يكون المشروط اخذه حالاً او موجلاً لانه يجعل مسقطاً للقدر في الاول وللقدر والصفة وهي التعجيل في الثاني ، لان من استحق الجياد يعني السكة الخالصه استحق السكة المغشوشة ولهذا تجوز به في الصرف والسلم . وهذا بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له الف سكة مغشوشة وصالحه على خمساية جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على انه استوفى بعض حقه واسقط الباقي لانه لا يستحق السكة الخالصة فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديئها سواء على ما عرف في موضعه . وهذا كما لو كان الف موءجلة فصالحه على خمساية حالة لا يجوز كما تقدم في شرح المادة السابقة والاصل في جنس هذه المسائل انه متى كان الذي وقع عليه الصلح ادون من حقه قدراً ووصفاً ووقتاً او في احد هذه الاشياء ، فهو اسقاط للبعض واستيفاء للباقي لانه استوفى دون حقه . وان كان ازيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف او ما هو بمعنى الوصف كتعجيل الموءجل ومن اختلاف الجنس ، فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء في غير المستحق فيشترط فيه شروط المعاوضة زيلعي .

✻ تنبيه ✻

صحة الصلح عن سكة خالصة على سكة مغشوشة لا بد من تقييده بامرين احدهما ان تكون السكة المغشوشة ، مساوية وزناً للسكة الخالصة او اقل وزناً منها . اما اذا كانت اكثر وزناً كما اذا كان الدين مائة من الريال المجيدي

فصالحه على اربعماية من الزهراوي المعروف في زماننا ، فانه لا يجوز لان وزن المابة ريال من المجيدي سبعماية درهم ووزن الاربعماية من الزهراوي اكثر من الف درهم وقد علمت ان الاموال الربوية جيدها ورديئها سواء فيكون الداين قد استوفى ازيد من دينه فتعين ان يكون معاوضة لتعذر كونه اسقاطاً فيحرم فيه التفاضل .

الثاني ان تكون السكة المغشوشة غالبة الفضة فلو كان مغلوبة بالنحاس كالبشلك والمتاليك في زماننا لا يصح الصلح ايضاً الا بقبض البدل قبل الافتراق لتعذر جعله اسقاطاً باختلاف الجنس ، لما عرف في موضعه من ان غالب النحاس هنا سقط ولعله كالنحاس فيكون معاوضة وفيها يشترط قبض البدل لئلا يفترقا عن دين بدين كما تقدم

فاغتنم تحرير هذا المحل والتوفيق من الله عز وجل

المادة ١٥٥٥ - ❊ يصح الصلح باعطاء البدل لاجل الخلاص من اليمين في دعوى الحقوق كدعوى حق الشرب والشفعة والمرور ❊

كذا في التنوير وزاد فيه حق وضع الجذوع وعزاه في الدر الى المجتبى وعبارته كما في المنح وتكملة رد المحتار صالح عن دعوى حق الشرب او حق الشفعة او حق وضع الجذوع ونحوه فقيل لا يجوز افتداء اليمين لانه لا يجوز شراؤه قصداً والاصح انه يجوز لان الاصل انه متى توجهت اليمين نحو الشخص باي حق كان فافتدى اليمين بدراهم يجوز على الاصح . وكذا لو ادعى قبله تعزيراً بان قال كفرني او ضللني او رماني بسوء ونحوه حتى توجهت اليمين نحوه فافتداها بدراهم يجوز على الاصح — وكذا لو صالحه عن يمينه او عن دعواه اه وزعم في تكملة رد المحتار ان هذا مناف لما تقدم من ان شرط صحة الصلح كون المصالح عنه حقاً يجوز الاعتياض عنه ولما اطبقوا عليه من ان الصلح عن حق الشفعة على مال يسقطها والبدل غير لازم ويجب رده

بعد قبضه لانه رشوة ثم وفق بما ملخصه : ان المراد من صحة الصلح هنا سقوط دعوى الشفعة ولا يلزم من صحة الصلح لزوم البدل اه ملخصاً .

وهو كلام غير سديد لان ما في المجتبى ، ظاهر في صحة الصلح ولزوم البدل والحق انه لا منافاة بين كلامهم اصلاً بل هما مسئلتان مختلفتان .

اولاهما : ان يدعي عليه شفعة او حق مرور او حق شرب او حق وضع الجذوع فينكر المدعى عليه ذلك وصورة الانكار في الشفعة ان ينكر شراءه الدار المشفوعة او ينكر مالكية الشفيع لما يشفع به . ثم ان المدعى عليه يفتدى يمينه بدفع مال للمدعي فهذا صلح صحيح في الاصح ويلزم فيه البدل وتسقط به الدعوى وهذه هي المرادة هنا

الثانية : ان تكون دعوى مدعي الشفعة او حق الشرب ونحوهما ثابته باقرار المدعى عليه او بنكوله عن اليمين او ببينة المدعي ثم يصالحه عن حقه الثابت فهذا لا يجوز والبدل فيه غير لازم والحق المدعى به ، يسقط لانه اعتياض عن حق مجرد . وهذه هي المرادة من قولهم لا يجوز اخذ المال بمقابلة اسقاط حق الشفعة .

والحاصل ان الصلح عن دعوى الحقوق المذكورة قبل ثبوتها لدفع اليمين ، صحيح وبعد ثبوتها باقرار المدعي عليه او نكوله او باثبات المدعي ، لا يجوز هذا ما يعطيه كلام المجتبى وهذه المادة كما يفهم من كلامي العلامتين (ط) وابن عابدين في حواشيهما على الدر . ثم اذا لم يصح الصلح عن الحقوق المذكورة تسقط دعوى الشفعة كما صرحوا به لان الاعراض عنها يسقطها ، وهل تسقط الدعوى بحق المرور والمسيل ووضع الجذع ذكر في التكملة انها تسقط ولم يعزه الى احد ولم اره منقولا فليحرر .

❊ تنبيه ❊

ما ذكرهنا من عدم صحة الصلح عن حق المرور والمسيل ووضع الجذع ، لا ينافيه ما في الخانية رجل ادعى في حائط رجل موضع جذع او ادعى في داره طريقاً او مسيل ماء فجحد المدعي عليه ثم صالحه على دراهم مسماة فهو جائز لانه

صلح عن المجهول على معلوم لان هذا فيما لو ادعى رقبة الطريق او المسيل او موضع الجذع وهو مال يجوز الاعتياض عنه بخلاف حق المرور والشرب ووضع الجذع وهو ظاهر نعم ما نقله الشارح اللبناني عن التكملة ، مشكل ونصه : ولو ادعى ممراً او مسيلاً على سطح او شرباً في نهر فاقر او انكر ثم صالحه على شيء معلوم جاز اه لان الظاهر من قوله او مسيلاً على سطح الخ ان المدعى به حق التسييل او حق الشرب على اني لم ار هذه العبارة في التكملة

وفي الخانيه وان ادعى رجل حقاً في دار فصالحه على طريق فيها جاز اما اذا اذا صالح على ان تكون رقبة الطريق للمدعي فهو جائز باتفاق الروايات لان بيع رقبة الطريق يجوز باتفاق الروايات فكذا الصلح على الطريق . وان كان الصلح على حق المرور فيه ففيه روايتان لان في جواز بيع حق المرور اختلاف الروايتين يجوز في رواية ولا يجوز في رواية — فكذا الصلح على حق المرور . اما بيع مسيل الماء وبيع حق وضع الجذوع لا يجوز باتفاق الروايات — فكذا الصلح على ذلك اه

- الباب الرابع -

✻ في بيان احكام الصلح والابراء ويشتمل على فصلين ✻

الفصل الاول

« في المسائل المتعلقة باحكام الصلح »

المادة ١٥٥٦ — ✻ اذا تم الصلح فليس لواحد من الطرفين فقط الرجوع ويملك المدعي بالصلح بدله ولايبقى له حق في الدعوى وليس للمدعي عليه ايضاً استرداد بدل الصلح ✻

قوله فقط قيد للمنفي احترز به عما اذا اتفق المتصالحان على فسخ الصلح فان

فيه تفصيلاً يأتي بيانه في المادة (١٥٥٨) وقوله : يملك المدعي بالصلح بدله يعني هذا حكم الصلح من جهة المصالح عليه يعني البدل . ولا فرق في ذلك بين ان يكون عن اقرار او انكار او سكوت . واما حكمه من جهة المصالح عنه فهو وقوع الملك للمدعى عليه ان كان مما يحتمل التمليك كالمال وكان المدعى عليه مقراً به وان كان مما لا يحتمل التمليك كالقصاص او كان المدعى عليه منكراً فهو وقوع البرائة — حتى لو انكر فصالح ثم اقر لا يلزمه — وكذا لو اقام المدعي بينة بعد صلحه لا يقبل بحر اى لسقوط المدعى به بالبرائة والساقط لا يعود .

اقول والظاهر ان قوله لا يقبل بالنسبة الى الاقرار ، مقيد بما اذا كان المدعى به ديناً لما في البزازية ان الابراء العام انما يمنع اذا لم يقر بان العين للمدعي فان اقر بعده ان العين للمدعي سلمها له ولا يمنعه الابراء ، قال العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام في حكم الابراء العام بعد نقل ما في البزازية وهذا بخلاف الاقرار بالدين بعد الابراء العام قال في الاشباه ابرأه عاماً . ثم اقر بعده بالمال المبرء منه لا يعود بعد سقوطه اه . ثم نقل عن الشرنبلالي توجيه الفرق بينهما الا ان يدعى الفرق بين الابراء لذي تضمنه الصلح وبين الابراء العام فتامل .

وقوله : اذا تم الصلح الخ ، فيه اشارة الى انه لو ظهر بطلان الصلح او عرض له ما يبطله يسوغ لاحدهما فسخه وقد فرعوا على ذلك مسائل كثيرة منها ما في العاشر من جامع الفصولين : ادعى داراً فانكر ذو اليد فصالحه على الف على ان تسلم الدار لذي اليد . ثم برهن ذو اليد على صلح قبل هذا الصلح يمضى الصلح الاول ويبطل الثاني لان كل صلح بعد صلح فالثاني باطل اه ملخصاً .

وهذا اذا كان الصلح على سبيل الاسقاط او على سبيل المعاوضة ووقع الثاني بمثل العوض الاول — اما اذا كان معاوضة وكان البدل في الثاني اقل منه في الاول او اكثر او بخلاف الجنس ، فالثاني هو الجائز ويفسخ الاول كالبيع بعد البيع افاده في رد المحتار . ومنها ما في الدر وحواشيه — من انه لو اقام المدعى عليه بعد الصلح عن انكار بينة ان المدعي قال بعد الصلح ما كان لي قبله حق بطل الصلح لانه باقراره هذا زعم انه اخذ البدل بعد الصلح بغير حق - بخلاف ما لو برهن بعد الصلح على اقراره هذا قبل الصلح فانه لا يقبل لجواز ان يملكه بعد

اقراره قبل الصلح اه ملخصاً . قما في الاشباه عن العمادية : ادعى فانكر فصالحه ثم ظهر بعده ان لا شيء عليه بطل الصلح اه ، يجب ان يقيد قوله ثم ظهر بغير الاقرار قبل الصلح لما تقدم افاده في المنح قال وبه صرح مولانا في بحره اه.

ومنها ما في حاشية الفصولين للرملي نقلاً عن الظهيرية وغيرها ادعى المديون القضاء وانكر رب الدين ذلك وحلف . ثم ان المديون صالح رب الدين عن ذلك على شيء ثم اقام البينة انه كان قضاه الدين هل تسمع بينته ، اختلف المشايخ رحمهم الله تعالى

وذكر في كتاب الصلح مسائل تدل على القبول وصورتها ، رجل : استعار من آخر دابة وهلكت الدابة تحت يد المستعير وانكر رب الدابة الاعارة وصالحه المستعير على مال ، جاز فان اقام المستعير بعد ذلك البينة على العارية ، قبلت بينته . ولو اراد استحلاف المعير ، فله ذلك اه

وفيها عن التتارخانية : ولو ان المدعى عليه قال للمدعي حين ادعى عليه الدين قد كان لك علي الف لكني قضيتكها امس وقال المدعي ما قضيتني شيئاً فدفع الالف اليه او صالحه على خمسماية ثم شهد الشهود للمدعى عليه انه دفع اليه الالف امس كان له ان يرجع عليه بما اعطاه والصلح باطل اه .

ومنها ما في الحامدية ضاع الجمل مع الاجير المشترك فصالح صاحبه على شيء ثم وجد الجمل ، فلصاحبه اخذه وللاجير ابطال الصلح . ومنها ما في التنوير والدرر وغيرهما ادعى عيباً في شيء اشتراه وانكر البايع فتصالحا على مال على ان يبرئ المشتري البايع من العيب ثم ظهر انه لم يكن عيب او كان ولكنه قد زال فللبائع ان ينقض الصلح ويرد البدل اه .

ومنها ما في التنوير وشرحه الدر لو استحق المدعى به او بعضه بعد الصلح يرد المدعي حصته من العوض اي البدل ان كلاً فكلاً او بعضاً فبعضاً . ولو استحق البدل او بعضه وكان مما يتعين بالتعيين يرجع المدعي بحصته من المدعى اه ومنها ما اذا وقع الصلح عن مال بمنفعة ثم مات احدهما قبل استيفائها فانها تبطل فيما بقي من المدة فيرجع في المصالح عنه بقدره وكذا الحكم اذا هلك محل المنفعة اه . وقد تقدم

المادة ١٥٥٧ — ❊ اذا مات احد الطرفين فليس لورثته فسخ صلحه ❊

اي ما لم يظهر بطلانه او يعرض له ما يبطله كما تقدم في شرح المادة السابقة .

المادة ١٥٥٨ — ❊ اذا كان الصلح في حكم المعاوضة فللطرفين اذا تراضيا فسخه واقالته وان لم يكن في معنى المعاوضة بل كان متضمناً لاسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه اصلا راجع المادة ٥١ ❊

القائلة بان الساقط لا يعود كما ان المعدوم لا يعود وانظر ما اذا كان الصلح معاوضة وكان عن دار بمال هل يكون فسخها الصلح بيعاً جديداً في حق ثالث كالشفيع كما هو حكم الاقالة مقتضى تعليلهم بان المعاوضة تجوز فيها الاقالة نعم وليحرر نقلاً

المادة ١٥٥٩ — ❊ اذا عقد الصلح للخلاص من اليمين على اعطاء بدل يكون المدعي قد اسقط دعواه وحق خصومته ولا يحلف المدعى عليه بعد ذلك ❊

ولا تسمع فيه بينة المدعي بل لو اقر به المدعي عليه لا يلزمه كما قدمناه في

شرح المادة ١٥٥٦ عن البحر . ولا فرق في ذلك بين ان يكون المدعى به ديناً او عيناً حيث كان هذا الصلح اسقاطاً للدعوى وحق الخصومة على ما هو ظاهر الرواية . والابراء عن دعوى العين والخصومة فيها صحيح اتفاقاً فلا تسمع الدعوى بها بعده خلافاً لما في التنوير تبعاً للهداية من ان هذا الصلح يتضمن الابراء عن العين والابراء عن العين غير صحيح فتصح به الدعوى بعد الصلح ما لم يصرح ببراءته عن الدعوى وقد تقدم تحقيق هذا في شرح المادة ١٥٥١ فليراجع

المادة ١٥٦٠ — ❊ اذا تلف كل بدل الصلح او بعضه قبل ان يسلم للمدعي فان كان مما يتعين بالتعيين فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق فيطلب المدعي كل المصالح عنه او بعضه من المدعى عليه في الصلح الواقع عن اقرار ويرجع المدعي الى دعواه في الصلح الواقع عن انكار او سكوت راجع مادتي ١٥٤٨ و ١٥٥٠ وان كان بدل الصلح ديناً اي مما لا يتعين بالتعيين كـكذا غرشاً فلا يأتي على الصلح خلل ويلزم المدعى عليه اعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعي ❊

وان كانا اشارا اليها عند عقد الصلح لان الدراهم والدنانير لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بها عند الاشارة اليها وانما يتعلق بمثلها في الذمة فلا يتصور فيه الهلاك منح . هذا اذا هلك البدل — اما اذا هلك المتنازع فيه يعني المصالح عنه ، فالظاهر انه لا يرجع المدعى عليه بشيء لان الصلح ان كان عن اقرار حتى صار معاوضة فقد هلك ما اشتراه وهو مقبوض بيده وان كان عن انكار فقد هلك في يده ما يزعم انه ملكه وان ما دفعه فداء عن اليمين . وهذا ظاهر اذا وقع الصلح على ان يكون المتنازع فيه للمدعي عليه — اما لو وقع

على ان يصير المنازع فيه للمدعي على مال يدفعه للمدعى عليه ثم هلك قبل ان يستلمه من المدعي عليه فأما ان يكون الصلح عن اقرار فلا شك ان الصلح ماض على الصحة لاتفاقهما ان المنازع فيه ملك المدعي وقد ابرأه عن ضمانه بالصلح وانه تبرع في دفع البدل اليه ، واما ان يكون عن انكار فالجواب عنه مشكل اذ يمكن ان يقال ان المدعى عليه يزعم ان البدل الذي قبضه عوض عن المتنازع فيه فيجب عليه رده حيث هلك ما باعه قبل ان يقبضه المشتري . ويمكن ان يقال ان المدعي يزعم انه تبرع بما دفعه للمدعي عليه وان المتنازع فيه ملكه وقد ابرأه عن ضمانه بالصلح فيهلك المتنازع فيه عليه وليس له استرداد البدل ولم ار احداً تعرض لذكر هذه المسئلة فليحرر؟

- الفصل الثاني -

(في بيان المسائل المتعلقة باحكام الابراء)

المادة ١٥٦١ — ✲ اذا قال واحد ليس لي مع فلان دعوى ولا نزاع او ليس لي عند فلان حق او فرغت من دعواي التي هي مع فلان او تركتها او ما بقي لي عنده حق او استوفيت حقي من فلان بالتمام يكون قد ابرأه ✲

يعني يكون قد ابرأه في الجملة وليس المراد انه يكون قد ابرأه ابراء عاماً في جميع هذه الصور فان قول المبرئ فرغت او صرت فارغاً من دعواي التي على فلان ، ظاهر في البرائة عن دعوى معينة مع فلان فلا يكون هذا ابراء عاماً ففي القنية والبزازية انه اذا ادعى عليه دعاوي معينة ثم صالحه واقر ان لا دعوى له عليه ثم ادعى دعوى اخرى تسمع وينصرف الابراء الى ما ادعى اولاً لا غير — الا اذا عم فقال اية دعوي كانت اهـ فهذا اذا اطلق فكيف اذا قيد ابراءه بانه عن

تلك الدعوى كما هو الظاهر من هذا اللفظ . واما قول المبرئ ليس لي عند فلان حق وكذا قوله ليس لي مع فلان حق او شيء ، فالمذكور في كتب المذهب كالذخيرة وغيرها تبعاً لما نص عليه في الاصل والجامع ، ان لفظتي عند ومع ، لا يستعملان الا في الامانات فلا تتناولان ما اصله مضمون كالغصب والدين — كما ان لفظة على لا تستعمل الا في الديون فاذا قال ليس عند فلان حق او ليس لي مع فلان شيء كان ابراء عن الامانات فقط فتسمع الدعوى بعده بالديون وبما اصله مضمون ولو قال ليس لي على فلان شيء كان ابراء عن الديون فقط فتسمع الدعوى بعده بما اصله امانة .

نعم لفظ قِبَلَ بكسر القاف وفتح الباء تتناول العين والدين والمضمون والامانة فاذا قال لا حق لي قِبَلَ فلان كان ابراء من كل قليل وكثير دين ووديعة وكفالة وحد وسرقة وقذف وغيرها لان قوله لا حق لي نكرة في النفي فتعم سائر انواع الحقوق المالية وغير المالية ولفظة قبل يستعمل في العين والدين والمضمون والامانة جميعاً كما علمت هذا ما ذكره العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام في حكم الابراء الخاص والعام — لكن ذكر بعد هذا بحثاً ان العرف في زماننا في لفظتي عند ومع مخالف لما تقدم فانهما في زماننا يستعملان في الامانات والمضمونات كالديون فينبغي انه اذا قال المبرئ لا حق لي او لا دعوى لي عند فلان او مع فلان ان يتناول الديون ايضاً وايده بما في الخانية الكفيل اذا قال عندي هذا المال يكون كفالة وقال الزيلعي مطلقة يحمل على العرف ، وبما في الاشباه الاقارير تبنى على العرف الا فيما نذكره اه .

اقول وهكذا استعمال لفظتي عند ومع في عرف زماننا ايضاً وهو بحث وجيه وما استدل به . كاد ان يكون نصاً فيه ويظهر من منطوق المادة ١٥٦٥ ان المجلة قد اعتمدت عليه واخذت به كيف وقد صرح رحمه الله تعالى في رسالته نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف ، ان العرف الخاص اذا عارض النص المذهبي المنقول عن صاحب المذهب يكون معتبراً سواء كان قديماً او حادثاً اه وسيأتي في شرح المادة المذكورة آنفاً ما يترتب على الابراء العام مع تمام الكلام فيه

المادة ١٥٦٢ - ✵ اذا ابرأ واحد آخر من حق يسقط حقه ذلك وليس له دعوى ذلك الحق راجع المادة ٥١ ✵

ثم اذا كان ذلك الحق ديناً كان سقوطه قضاء وديانة لان ما في الذمة يقبل الاسقاط وان كان عيناً كان سقوطه قضاء لا ديانة حتى لو ظفر به اخذه لكن لو ادعاه بعد الابراء لا تسمع دعواه . وهذا اذا ابرأه عن نفس العين واما اذا ابرأه عن دعواها كان سقوطها قضاء وديانة هذا ما حققه العلامة ابن عابدين في رسالته المذكورة .

ثم قال ولعله اي الفرق بين الابراء عن العين وبين الابراء عن دعواها ان الابراء عن دعواها يقتضي تمليك العين اولاً كما في اعتق عبدك عني بالف فانه بمعنى بعه مني واعتقه عني فيصح قضاء وديانة بخلاف الابراء عن الاعيان فانه باطل ديانة فقط لانه حيث لم يمكن اسقاط العين بالابراء لم يمكن تضمنه معنى التمليك بخلاف اسقاط الدعوى فانه صحيح فيصح تضمنه التمليك هذا ما ظهر لي فتأمله .

وحينئذٍ فلا فرق في القضاء بين الابراء عن الاعيان وعن دعواها من حيث انه لا تسمع الدعوى بعده على الشخص المبرء فقط وهذا اذا اضاف البرائة الى المخاطب فلو اضافها الى نفسه لا تسمع دعواه على احد اصلاً اه

ولا يعكر على هذا ما خصه العلامة الطحطاوي كما نقلناه عنه في شرح المادة ١٥٥١ وكذا ما نقلناه هناك عن رد المحتار من ان الظاهر انه لو ادعى عليه عيناً فانكر ثم ابرأه المدعي عنها تسمع دعواها بعده لو قائمة اه . لان ما حققه هنا من عدم سماع دعوى العين بعد الابراء عنها فيما اذا كان المدعى عليه منكراً كون العين للمدعي المبرىء وما تقدم هناك من ان الابراء عن العين ابراء عن ضمانها وانها لو كانت قائمة تسمع الدعوى بها بعد الابراء عنها ، مقيد بما اذا كان المدعى عليه مقراً انها للمدعي وانما يتمسك بالابراء عنها هذا ما استظهره العلامة ابن عابدين

في رسالته المذكورة مستدلاً بما في البزازية والاشباه ان الابراء العام انما يمنع اذا لم يقر بان العين للمدعي فان اقر بعده ان العين للمدعى سلمها له ولا يمنعه الابراء — وهذا بخلاف الاقرار بالدين بعد الابراء العام فانه لا يفيد شيئاً لان الدين قد سقط بالابراء والساقط لا يعود بخلاف العين فانها لا تقبل الاسقاط وقد تقدم هذا في شرح المادة ١٥٥٦ وسيأتي لهذه المسئلة زيادة توضيح وتفصيل في شرح المادة ١٥٦٥ .

❋ فائدة ❋

ذكر في رد المحتار ادعى عليه مالاً فبرهن المدعى عليه انه ابرأني عن هذا الدعوى ثم ادعى المدعى ثانياً انه اقر بالمال بعد ابرائي فلو قال المدعى عليه ابرأني وقبلت الابراء اوقال صدقته فيه لا تسمع دعوى الاقرار ولو لم يقل ذلك تسمع لاحتمال الرد . والابراء يرتد بالرد فيبقى المال عليه بخلاف قبوله اذ لا يرتد الابراء بالرد بعده ولو ادعى مالاً فقال المدعى عليه انك ابرأتني من هذه الدعوى فقال المدعي انك اقررت بالمال بعد الابراء لا تسمع دعوى الاقرار وان قال انك اقررت به بعد دعواك اقراري به بالابراء فتسمع اه

المادة ١٥٦٣ — ❋ ليس للابراء شمول لما بعده يعني اذا ابرأ واحد آخر تسقط حقوقه التي قبل الابراء وله دعوى حقوقه الحادثة بعد الابراء ❋

يعني ان البرائة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق لان البرائة تكون بعد الوجوب صرح بهذا في الخانية وقال الشرنبلالي لا يصح الابراء عن الدين قبل لزوم ادائه الا في مسائل نبه عليها في البحر من باب خيار الشرط اه . وعن هذا قالوا : لو ابرأ المالك الغاصب من العين المغصوبة ثم استهلكها الغاصب او منعها من المالك بعد طلبها يضمن قيمتها لان الابراء من المغصوب ابراء عن ضمان رده لا عن

ضمان قيمته لان الواجب حال قيام العين رد عينها لا ضمان قيمتها فلا يتعلق الابراء بالقيمة لعدم وجوبها حال قيام العين ونقل الشارح اللبناني عن الخانية ما نصه : لو ابرأه عن كل حق ودعوى . ثم ادعى عليه كفالة بالدرك تسمع دعواه وعلله نقلاً عن رد المحتار بقوله لان المشتري لم يكن له وقت الابراء حق الرجوع بالثمن لانه يتوقف على وجود الاستحقاق . ثم على القضاء للمشتري على البائع بالثمن فلم يجب على الاصيل رد الثمن فلا يجب على الكفيل وحيث لم يثبت ذلك الحق في الحال لم يدخل في الابراء المذكور اه قلت : وما نقله عن الخانية وان لم اره فيها بهذا اللفظ صريحاً ولا في رد المحتار الا انه هو الفقه وقد رأيت في الخانية فروعاً تؤيده ، قال في فصل الكفالة بالدين لو كفل بنفس رجل على انه ان لم يواف به الى سنة فعليه المال وهو الف درهم ثم اعطاه المكفول عنه بالمال رهناً ، كان الرهن باطلاً لانه لم يجب المال للكفيل على الاصيل بعد — وكذا لو قال الكفيل للطالب ان مات فلان ولم يؤدك المال فهو علي ثم اعطاه المكفول عنه رهناً ، لم يجز ولو ابرأه الطالب عن هذه الكفالة لا يجوز الابراء . وكل حق لا يجوز الرهن به لا يجوز الابراء عنه . ولو باع داراً وكفل رجل للمشتري بذلك عنه رهناً فالرهن باطل ولا ضمان على المرتهن والكفالة جائزة اه . فهذا صريح في ان البرائة عن الكفالة بالدرك غير جائزة لانه حق لا يجوز الرهن به لعدم وجوبه على الاصيل حين البرائة والرهن فهو مفيد لما نقله اللبناني عنها . وفي الحامدية عن الذخيرة : وان ادعى حقاً بعده اي الابراء العام واقام بينة فان ارخ وكان التاريخ قبل البرائة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وان كان التاريخ بعد البرائة تسمع دعواه وتقبل بينته وان لم يؤرخ بل ابهم الدعوى ابهاماً فالقياس ان تسمع دعواه ويحمل ذلك على حق واجب له بعد البرائة وفي الاستحسان لا تقبل بينته اه .

وفي الخانية : رجل جاء بشاهدين على رجل بالف درهم وجاء المطلوب بشاهدين بالبرائة عن الف درهم فهذا على وجوه ثلاثة

احدها ان يكون المال مؤرخاً والبرائة كذلك ، او لا يكون احدهما مؤرخاً ، او كان احدهما مؤرخاً والاخر لا يكون ، ففي الوجه الاول ان كان تاريخ البرائة بعد تاريخ المال ، يقضي بالبرائة لأنه لا يدعي عليه الا مالاً واحداً . وقد ثبتت

البرائة عن الف درهم فانصرفت البرائة الى ذلك المال ، وان كان تاريخ صك المال بعد تاريخ البرائة ، يقضي بالمال لان البرائة السابقة لا تعمل في الدين اللاحق ، وان لم يكن احدهما موءرخاً يعمل بالبرائة لان البرائة تكون عن الدين الواجب وليس هاهنا دين آخر — وكذا لو كان تاريخها سوآء يعمل بالبرائة . وان كان صك المال موءرخاً والبرائة غير موءرخة او على العكس يعمل بالبرائة لان البرائة تكون بعد الوجوب عادةً اه

المادة ١٥٦٤ — ✻ اذا ابرا احد آخر من دعوى متعلقة بخصوص يكون ابراء خاصاً ولا تسمع بعد ذلك دعواه التي تتعلق بذلك ولكن له دعوى حقه الذي يتعلق بغير ذلك الخصوص مثلاً اذا ابرأ احد خصمه من دعوى دار فلا تسمع دعواه التي تتعلق بتلك الدار بعد الابراء ولكن تسمع دعواه التي تتعلق بالاراضي والضياع وسائر الامور ✻

راجع ما كتبناه في شرح المادة ١٥٣٧ معزياً لرسالة الشرنبلالي وذكر العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام ان البرائة الخاصة اما خاصة بدين خاص كابرأته من دين كذا او بدين عام كابرأته مما لي عليه فيبرأ عن الدين الخاص في الاول وعن كل دين في الثاني دون العين . واما خاصة بعين خاصة كهذا العبد ، او بكل عين ، او بالامانات دون المضمونات فاما ان تكون البرائة على سبيل الاخبار ، او على سبيل الانشاء وعلى كل فاما ان تكون عن العين نفسها ، او عن الدعوى بها فان كانت عن العين على سبيل الانشاء ، فان اضاف المبرئ البرائة الى نفسه كقوله لمن في يده عبد برئت انا من هذا العبد تصح فلا تسمع دعواه اصلاً وان اضافها الى المخاطب كابرأتك منه كانت برائة عن ضمان رده فله ان يدعيه ، وان كانت على سبيل الاخبار كلا حق لي في هذا العبد ، تصح فلا تسمع

بعدها دعوى انه ملكه . وكذلك قوله هو برىء مما لي عنده لانه اخبار عن ثبوت البرائة فيحمل على سبب تتصور البرائة بذلك وهو النفي من الاصل او الرد الى صاحبه تصحيحا لتصرفه فيبرأ مما اصله امانة دون ما اصله مضمون لان كلمة عند تستعمل في الامانات دون المضمونات على خلاف ما هو عرف الناس في زماننا وينبغي على عرفنا ان يبرأ مطلقاً . وهذا كله في القضاء اما في الديانة فلا يصح الابراء عن الاعيان اصلاً لان الابراء اسقاط والاعيان لاتسقط بالاسقاط بخلاف ما في الذمة من الديون فانها ليست باعيان لان الذمة لا تستقر فيها اعيان بل اوصاف اعتبارية فلهذا تسقط بالاسقاط

وان كانت البرائة عن دعوى العين فان كانت على طريق الخصوص كدعوى هذه الدار او العبد فان اضاف البرائة الى نفسه كقوله برئت من دعواي في هذا العبد تصح فلا تسمع دعواه اصلاً لاعلى المخاطب ولا غيره وان اضافها الى المخاطب كقوله ابرأتك عن خصومتي في هذه الدار فتصح في حق المخاطب فله ان يخاصم غيره وان كانت على طريق العموم كقوله ابرأتك عن جميع الدعاوي صحت البرائة مطلقاً اه .

المادة ١٥٦٥ ـ ✻ اذا قال احد ابرأت فلاناً من جميع الدعاوي او ليس لي عنده حق ابداً يكون ابراؤه عاماً وليس له ان يدعي بحق قبل الابراء حتى لو ادعا حقاً من جهة الكفالة لا تسمع يعني ليس له ان يدعي بقوله كنت قبل الابراء كفيلاً لفلان او ان يدعي على غيره بقوله انت كنت لمن ابرائه كفيلا انظر الى مادة ٦٦٢ ✻

اما في الصورة الاولى فلأن المدعى عليه قد برىء عن الكفالة بابراء الطالب اياه ابراء عاماً وان يكن المال باقياً على الاصيل لان برائته لا توجب براءة

الاصيل كما تقدم في المادة ٦٦١

واما في الصورة الثانية فلأن المدعى عليه قد برئ بابراء الطالب للاصيل لان براءته توجب براءة الكفيل كما تقدم في المادة ٦٦٢

ثم ان ما ذكر هنا من انه لو قال ليس لي عنده حق يكون ابراء عاماً انما تمشى على ما بحثه العلامة ابن عابدين من ان العرف في زماننا استعمال لفظتي عند ومع في الامانات والمضمونات على خلاف ما هو المنصوص عليه في كتب المذهب من انهما انما يستعملان في الامانات دون المضمونات كالديون كما قدمنا ذلك في شرح المادة ١٥٦١ وقدمنا انه بحث وجيه وجيه

وقوله هنا وليس له ان يدعي بحق قبل الابراء الخ ، يعني ليس له ذلك مطلقاً سواء وقع هذا الابراء عقب دعوى ام لا ، لان الابراء في الصورتين المذكورتين صريح في التعميم بخلاف ما لو قال المبرئ لاحق لي قبل فلان او لا دعوى لي عليه وما اشبههما فان هذا انما يكون من الابراء العام اذا لم يقع عقب دعوى معينة والا انصرف ابراؤه الى ما ادعاه اولاً فتسمع دعواه بعده في غيره ما لم يعمم بقوله اية دعوى كانت او بقوله من جميع الدعاوي ونحو ذلك كقوله ابداً كما قدمناه في شرح المادة (١٥٦١) معزياً للقنية والبزازية .

ولهذا اقتصرت هذه المادة على ذكر المثالين المذكورين فيها مع ان الفاظ البراءة العامة كثيرة كلاحق لي ، لا دعوى او لا خصومة لي قبل فلان او هو برئ من حقي ، او لا دعوى لي عليه ، اولا تعلق لي عليه ، او لا استحق عليه شيئاً ، او ليس لي معه امر شرعي ، وهذا اذا كانت على سبيل الاخبار — واما اذا كانت على سبيل الانشاء كقوله ابرأتك من حقي او مما لي قبلك فهو كذلك . ولا فرق في الابراء العام بين ان يكون على وجه الانشاء او على وجه الاخبار من حيث انه لا تسمع الدعوى بعده بشيء سابق على الاقرار سواء كان ديناً او عيناً لانه يدخل تحت البراءة كل حق هو مال وليس بمال كالكفالة بالنفس والقصاص وحد القذف وما هو بدل عما هو مال كالثمن والاجرة ، او عما ليس بمال كالمهر وارش الجناية وما هو مضمون كالمغصوب ، او امانة كالوديعة والعارية هذا ما حققه العلامة الشرنبلالي في رسالته تنقيح الاحكام .

واما التفرقة بين ان يكون على وجه الانشاء فلا تثبت به البراءة عن الاعيان، وبين ان تكون على وجه الاخبار فتثبت فذاك في الابراء الخاص عن الاعيان كما قدمناه في شرح المادة ١٥٦٤ . ولا يشكل على هذا ما في مداينات القنية افترق الزوجان وابرأ كل واحد منهما صاحبه عن جميع الدعاوي وكان للزوج بذر في ارضها واعيان قائمة فالحصاد والاعيان القائمة لا تدخل في الابراء عن جميع الدعاوي اه. لان هذا مبني على ان الزوجة مقرة بان الاعيان المذكورة للزوج كما يفيده قوله وكان للزوج بذر في ارضها واعيان قائمة والا كان مقتضى التعبير وادعى الزوج بذراً الخ وحينئذ فقوله لا تدخل في الابراء يعني لا تصير ملكاً للزوجة وتؤمر بدفعها للزوج لان الاعيان لا تسقط بالابراء وقد ذكر في البزازية والخلاصة ما هو صريح في انه لا تسمع دعوى العين بعد الابراء عن الدعاوي بصيغة التعميم فقد ظهر انه اذا ابرأه عن جميع الدعاوي، لا تسمع دعواه في عين ولا دين ما لم يقر المدعى عليه فتسمع دعواه في العين لا في الدين وانه لا فرق في صحة الابراء عن دعوى العين في صورة التعميم بين الاخبار والانشاء هذا ما حققه العلامة الشرنبلالي في رسالته تنقيح الاحكام واقره العلامة ابن عابدين في رسالته اعلام الاعلام

والمراد من قوله لا تسمع دعوى المبريء بعد ابرائه العام بشيء سابق او بعد ابرائه الخاص بذلك الشيء الذى ابرأ عنه ، انه لا تسمع دعواه به لنفسه — اما لو ادعاه لغيره بوكالة اووصاية فتسمع كما سيأتي في المادة ١٦٤٩ وفي جامع الفصولين ابرأه عن جميع الدعاوي فادعى عليه مالاً بوكالة او وصاية تسمع — بخلاف ما لو اقر بعين لغيره فكما لا يملك ان يدعيها لنفسه لا يملك ان يدعيها لغيره بوكالة او وصية اه .

فان قلت قد رأينا فروعاً تخالف ما ذكرت اتفاقهم عليه من عدم سماع الدعوى بدين او عين بعد الابراء العام

الاول ما ذكره في القنية : مات عن ورثة فاقتسموا التركة وابرأ كل واحد منهم صاحبه من جميع الدعاوي ثم ان احد الورثة ادعى ديناً على الميت ، تسمع اه .

الثاني ما ذكره في الاشباه عن البزازية اذا صالح احد الورثة وابرأ ابراء

عاماً ثم ظهر شيء من تركته لم يكن وقت الصلح الاصح جواز دعواه في حصته اه .

الثالث ما ذكره في الاشباه ايضاً الوارث اذا ابرأ ابراء عاماً بان اقر انه قبض تركة مورثه ولم يبق له فيها حق الا استوفاه ثم ادعى شيئاً من تركة مورثه وبرهن عليه قبل ذلك منه اه .

قلت اما الاول فجوابه ان المدعى عليه في الحقيقة الميت والوارث قايم مقامه كالوكيل والابراء العام انما منع سماع الدعوى على الورثة لان الابراء لهم فلا يمنع سماع الدعوى على الميت وان قام الورثة مقامه .

واما الثاني فالجواب عنه ان ما ادعاه عين من اعيان التركة اعترف بها بقية الورثة الذين صالحوه بقرينة قوله ثم ظهر شيء من تركة اي ظهر وتبين لهم ما كانوا غافلين عنه وقت الصلح . ويدل على هذا ما نقله في البزازية عقب ما تقدم عن المحيط لو ابرأ احد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وانكر والا تسمع دعواه وان اقروا بالتركة امروا بالرد عليه اه . فانها صريحة في الفرق بين الانكار والاقرار . وكذا ما في التنوير آخر كتاب الصلح صالحوا احدهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون داخلا في الصلح قولان اشهرهما لا اه فانه صريح بعلم الورثة بذلك وعدم انكارهم

واما الثالث فجوابه ان مسئلة الاشباه ليست مسلمة على اطلاقها بل موضوعها في ابراء الصبي وصيه بعد بلوغه كما هي عبارة الخانية والعمادية والفصولين وغيرها .

وتوجيهها انها مستثناة من عموم قولهم لا تسمع الدعوى بعد الابراء العام استحسانا لقوة شبهة عدم معرفة الصبي بما يستحقه من قبل والده فان الابن قد يكون طفلا عند موت ابيه ولا يدري بما كان الوصي يتصرف فيه فاذا اشهد بعد بلوغه ثم ظهر له شيء من متروكات ابيه وقامت على ذلك بينة عادلة كان الاوجه سماعها لقوة القرينة المرجحة بصحة دعواه ولا سيما في هذه الازمان التي شاعت فيه خيانة الاوصياء واذا كانت مسئلة الوصي مستثناة مما اجمعوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الابراء العام فلا يمكن الحاق غيرها بها فلا تقاس عليها ما اذا

تقاسم الورثة التركة ثم اقر واحد منهم مثلاً بانه استوفي من بقية الورثة جميع ما خصه من التركة ولم يبق له فيها حق وابرأ ابراء عاماً فلا تسمع دعواه لعدم وجود النقل في سماعها . والفرق بين المسئلتين ان للوصي تصرفاً في مال الصبي بستقل به بلا علم الصبي فيخفى عليه بخلاف احد الورثة فانه لا يتصرف بدون اطلاع الاخر واذا كان فيهم صبي فوصيه يقوم مقامه فصار كأنه مطلع بنفسه فاذا بلغ واقر باستيفاء حقه منهم لم يعذر وهذا فرق حسن ولعل عندهم فرقاً آخر احسن منه فلا يعدل عما اجمعوا عليه من عدم سماع الدعوى بعد الابراء العام خلافاً لما افتى به الشيخ الرملي مستنداً لما في الاشباه اه ملخصاً جميعه من رسالة العلامة ابن عابدين المذكورة آنفاً

لكن ذكر فيها ان تعليل استثناء مسئلة الوصي بقيام جهل الصبي بمعرفة ما لوالده على التفصيل ، يقتضي بانه لو اقر بانه قد اطلع على جميع متروكات والده واحاط علمه بها على سبيل التفصيل وانه قبض ما خصه من الوصي ولم يبق له قليل ولا كثير الا استوفاه كما جرت به العادة في كتابة الصكوك انه لا تسمع دعواه على وصيه المنكر بشيء بعد ذلك لعدم العلة المذكورة لانه صار مقراً بعدم جهله ولا عذر لمن اقر اه ، هذا بحث في المنقول وهو مدفوع بانه لما كان المحل محل الخفاء يكون اشهاده واقراره واقعين على ما ظهر له وقد سماه باعتبار جميع ما ترك والده فلا يضره ذلك اشار الى هذا الشيخ الرملي في حاشية الفصولين آخر الفصل الثامن والعشرين .

﴿ تنبيه ﴾

ذكر في الرسالة المذكورة فائدتين .

الاولى لو قيد الابراء فاقر انه لا حق لي قبل فلان فيما اعلم ثم اقام بينة له عليه بحق مسمى قبل هذا الاقرار فانها تقبل بينته وهذه البرائة ليست بشيء وكذا اذا قال في قلبي او رايي او فيما اظن او فيما احسب او حسباني او كتابي فهذا كله من باب واحد ولو قال قد علمت انه لا حق لي على فلان لم اقبل منه بينة اه معزياً الى خزانة المفتين والتتارخانية

الثانية انه اذا ترتب الابراء على الصلح ثم ظهر فساد الصلح فان كان الابراء خاصاً بتلك الدعوى المصالح فيها يبطل الابراء فاذا اراد المدعي العود الى دعواه تسمع دعواه لان الابراء والاقرار في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة الدعوى لان بطلان المتضمن يدل على بطلان المتضمن — الا ان يصرح بقوله ابرأته عن تلك الدعوى ابراء غير داخل تحت عقد الصلح . وان كان الابراء عاماً من كل حق ودعوى لا يبطل الابراء لكونه غير خاص بتلك الدعوى التي وقع عليها الصلح وان لم يذكر قوله غير داخل تحت الصلح نعم يمكن ان يفسد الابراء العام فيما اذا صالحه على شيء حتى يبرئه عن جميع الدعاوي او يقر له اقراراً عاماً ثم ظهر فساد الصلح باستحقاق بدله ونحوه هذا ما ظهر لي اه ملخصاً فاغتفر التطويل في هذه المسئلة بما حوته من التفاصيل والاعتبارات المشكله

المادة ١٥٦٦ — ✻ اذا باع واحد مالاً وقبض ثمنه وابرأ المشتري من سائر الدعاوي التي تتعلق بالمبيع والمشتري كذلك ابرأ البائع من سائر الدعاوي التي تتعلق بالثمن المذكور وتعاطيا بينهما وثائق على هذا الوجه ثم ظهر للمبيع مستحق وضبطه فلا يكون للابراء تاثير ويسترد المشتري الثمن الذي كان اعطاه للبايع انظر الى المادة ٥٢ ✻

المقصود من هذه المادة بيان ان الابراء في ضمن العقد الفاسد لا يمنع من سماع الدعوى لما تقدم في المادة ٥٢ من انه اذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وقد علمت مما كتبناه آخر شرح المادة السابقة ان هذا اي بطلان الابراء اذا بطل العقد الذي تضمنه اذا كان الابراء خاصاً فيما يتعلق في ذلك العقد كما تفيده هذه المادة اما لو كان عاماً عن كل حق ودعوى فلا يبطل لما في القنية ابرأه بعد الصلح عن جميع دعاويه وخصوماته صح وان لم يحكم بصحة الصلح اه . فهو صريح في انه

اذا كان الابراء عاماً لا عن خصوص ما وقع عليه الصلح لا يفسد الابراء اصلاً وكذلك الحكم اذا كان خاصاً الا انه لم يبن على العقد الفاسد بان قال المبرئ ابرأته عن تلك الدعوى ابراء غير داخل تحت الصلح فانه حينئذٍ لا يبطل الابراء هذا ما حققه العلامة ابن عابدين كما علمت — لكن لا يخفى ان توجيه المسئلة المذكورة في هذه المادة بانه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل ما في ضمنه من الابراء فلا يكون مانعاً من الرجوع بالثمن، غير ظاهر لانه يقتضي انه لو كان الابراء عاماً او كان خاصاً غير داخل تحت البيع على ما بيناه لا يملك المشتري الرجوع بالثمن لعدم بطلان الابراء حينئذٍ وفيه نظر فان الظاهر ان له الرجوع به مطلقاً لان الابراء انما يتناول ما كان واجباً وقته حتى لو قال ابرأتك عن ثمن ما تشتريه مني غداً لا يصح الابراء ومعلوم ان رجوع المشتري بالثمن لم يكن واجباً وقت الابراء حتى يصح الابراء منه وهذا لما قدمناه في شرح المادة ١٥٦٣ من انه لو ابرأ من كل حق ودعوى ثم ادعى عليه كفالة بالدرك تسمع دعواه ولا يمنعه من ذلك الابراء العام لان المشتري حين ابرأ لم يكن له حق الرجوع بالثمن لانه يتوقف على وجود الاستحقاق ثم على القضاء بالرجوع بالثمن فلم يجب على الاصيل البايع رد الثمن فلم يجب على الكفيل فلم يتعلق به الابراء اه . ومن ان الابراء عن الدين قبل لزوم ادائه لا يصح . والحاصل ان علة رجوع المشتري بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بعد الابراء منه حين البيع ليس هو بطلان الابراء لبطلان البيع باستحقاق المبيع بل هو عدم تناول الابراء له لانه امر حدث بعد الاستحقاق وبعد الحكم بالرجوع به وكل ذلك بعد الابراء — على ان ابراء البائع للمشتري من كل دعوى في المبيع — وكذا ابراء المشتري للبائع من دعوى تتعلق في الثمن، لا معنى له لان البراءة سواء كانت بمعنى الاسقاط او بمعنى الاستيفاء لا تنطبق عليها كما لا يخفى فان كان المراد ان المشتري ابرأ البائع من الثمن ان استحق المبيع من يده ، كان الابراء حينئذٍ غير صحيح

قال في رد المحتار قبل باب السلم بصفحتين عازياً للفتح لو قال لا ارجع بالثمن ان ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لان الابراء لا يصح تعليقه بالشرط اه . هكذا ينبغي تحقيق هذا المقال وبه تعلم ما فيما كتبه

الشارح اللبناني هنا من الخلل والسلام

المادة ١٥٦٧ — ✻ يلزم ان يكون المبروئن معلومين ومعينين بناءً عليه لو قال احد ابرأت سائر مديوني او ليس لي عند احد حق لا يصح الابراء . واما لو قال ابرأت اهالي المحلة الفلانية وكان اهل تلك المحلة معينين وعبارة عن اشخاص معدودين فيصح الابراء ✻

ذكر العلامة ابن عابدين في رسالته ان الابراء عن المجهول صحيح قضاء وديانة — لكن بشرط ان يكون لشخص معين او قبيلة معينة محصورة فابرأ المجهول ولو عن شيء معلوم لا يصح - بخلاف ابراء المعلوم ولو عن المجهول فانه صحيح ثم قال : وفي الخانية من كتاب الوصايا رجل قال ابرأت جميع غرمائي ولم يسمهم ولم ينو احداً منهم بقلبه ، قال ابو القاسم : روى ابن مقاتل عن اصحابنا انهم لا يبرأون . وفي الظهيرية : لو قال استوفيت جميع مالي على الناس من الدين لا يصح . وكذلك ابرأت جميع غرمائي لا يصح ، الا ان يقول قبيلة فلان وهم يحصون فحينئذٍ يصح اقراره وابراؤه اه

قال في الحامدية وهذا بخلاف الاباحة لكل من يأكل ثمرة بستانه مثلاً فانه يجوز وبه يفتى اه . قال ان تناول فلان من مالي فهو له حلال فتناول فلان قبل العلم لا يضمن وتجوز الاباحة وان عم وقال كل انسان فأكل منه انسان قال ابن سلمة يضمن لانه ابرأ وابراء المجهول لا يصح وقال ابن سلام لا يضمن لانه اباحة والاباحة من المجهول جايزة وبه يفتى كذا في الشرنبلالية

هذا حكم ابراء المجهول — واما حكم الاقرار لمجهول فحاصل ما ذكروه كما في رسالة العلامة ابن عابدين ان قول ذي اليد ليس هذا ملكي او لي ، او لا حق لي فيه . ان لم يكن له منازع حين هذا القول لم يصح اقراره وله الدعوى به اتفاقاً لان اليد دليل الملك ونفي المالك ملكه عن نفسه من غير اثباته لغيره لا يجوز فلغا اتفاقاً

وان كان له منازع ففيه خلاف فعلى رواية الجامع يكون اقراراً بالملك للمنازع بقرينة النزاع ، وعلى رواية الاصل لا يكون اقراراً بالملك له ، لانه المالك بدليل اليد . والملك لا ينتفي بمجرد النفي فيسئل القاضي ذا اليد اهو ملك المدعي فان اقر به امره بالتسليم اليه وان انكر يأمر المدعي باقامة البينة عليه وهذا الثاني هو الراجح

وان كان المقر ليس بذي يدٍ فيه خلاف قيل يصح اقراره فلا تسمع دعواه بعده انه ملكه لان يد المدعى عليه قرينة على اقرار المدعي له بالملك وقيل لا يصح فتسمع لجهالة المقر له فلا يكون تناقضاً وهذا هو المذكور في الخانية والخلاصة وحرر في الفصل العاشر من جامع الفصولين ان الخلاف ليس الا فيما لو اقر المدعي قبل النزاع — واما لو قال مع وجود النزاع ينبغي ان ينفذ اقراره وفاقاً لانه نفى عن نفسه ملك غيره ظاهراً وهذا حق ظاهر فصرف الى انه اقرار به لذي اليد وفاقاً بقرينة اليد والنزاع قال في الرسالة المذكورة ولا يخفى انه تحقيق حسن بلا مين ولذا اقره عليه نور العين اه ثم قال وهذا كله حيث قال هو ليس لي ولم يزد — اما لو قال وانما هو لفلان او قال ابتدأ هو لفلان صح اقراره حيث لم يكذبه فلان ولا تسمع دعواه للتناقض وعدم جهالة المقر له والله سبحانه اعلم اه .

المادة ١٥٦٨ — ✻ لا يتوقف الابراء على القبول ولكن يكون مردوداً بالرد اي اذا ابرأ احد اخر فلا يشترط قبوله ولكن اذا رد الابراء في ذلك المجلس بقوله لا اقبل يكون ذلك الابراء مردوداً وايضاً اذا ابرأ المحال له المحال عليه او صاحب الطلب الكفيل ورد ذلك المحال عليه او الكفيل لا يكون الابراء مردوداً ✻

قال الحموي عازياً للملتقط خمس مسائل لا يحتاج فيها الى القبول — الاقرار اذا سكت المقر له جاز وان قال لا اقبل او ليس لي عليك شيء بطل

الثانية الابراء اذا قال لا اقبل بطل وان سكت جاز
الثالثة اذا وكله ببيع عبده فسكت الوكيل وباع جاز ولو قال لا اقبل بطل .

الرابعة اذا وهب دينا ممن له عليه دين فسكت جاز وان قال لا اقبل بطل
الخامسة اذا قال جعلت ارضي وقفا على فلان فسكت فلان جاز وان قال لا اقبل بطل عند هلال وفي اوقاف الخصاف لا يبطل اه .

وفي شرح الوهبانية الصدقة بالواجب في الذمة اسقاط كصدقة الدين على الغريم وهبة الدين له فيتم بغير قبول وكذا سائر الاسقاطات تتم بغير القبول — الا اذا كان فيه تمليك مال من وجه فيقبل الارتداد بالرد وما ليس فيه تمليك مال لم يقبل كابطال حق الشفعة والطلاق وهذا ضابط جيد فليحفظ اه .

واستثنى في الاشباه من قوله الابراء لا يتوقف على القبول الابراء في بدل الصرف والسلم .

قال الحموي والفرق بينهما وبين سائر الديون هو ان الابراء عنهما يوجب انفساخ عقدهما ، لانه يوجب فوات القبض المستحق بعقدهما ، لان قبض بدل الصرف ورأس مال السلم ، مستحق فالهبة والابراء يسقطان بدلهما ويفوتان القبض المستحق . وفواته يوجب بطلان العقد . واذا ثبت ان هبة بدل الصرف والسلم والابراء عنهما ينقض عقدهما ، لم ينفرد احد العاقدين به فيتوقف على قبول الآخر لذلك — بخلاف الابراء عن سائر الديون لانه ليس فيه معنى الفسخ لعقد ثابت وانما فيه معنى التمليك من وجه ومعنى الاسقاط من وجه . وعلى هذا اذا ابرأ رب السلم المسلم اليه عن المسلم فيه ، يتوقف على قبوله لانه به يفوت القبض المستحق بعقد السلم كذا في الذخيرة اه

اقول لكن قوله وعلى هذا اذا ابرأ رب السلم الخ فيه نظر فان ما اتى به من التعليل لا ينطبق على ما ذكره من الحكم . ومع هذا يخالفه ما نقله بعد هذا عن البدايع وعبارته الابراء عن رأس المال يتوقف على قبول رب السلم فان قبل انفسخ العقد بخلاف الابراء عن المسلم فيه فانه جايز بدون قبول المسلم اليه لانه ليس فيه اسقاط شرط وبخلاف الابراء عن ثمن المبيع فانه صحيح بدون قبول

المشتري لكنه يرتد بالرد ولا يجوز الابراء عن المبيع لانه عين واسقاط العين لا يصح اه ·

ثم رايت في باب السلم من رد المحتار ما نصه: في المبسوط لو ابرأ رب السلم المسلم اليه عن طعام السلم صح ابراؤه في ظاهر الرواية وروى الحسن انه لا يصح ما لم يقبل المسلم اليه فان قبله كان فسخاً لعقد السلم ولو ابرأ المسلم اليه رب السلم من رأس المال وقبل الابراء يبطل السلم فان رده لا

والفرق ان المسلم فيه لا يستحق قبضه في المجلس بخلاف رأس المال نهر اه ·

فالظاهر ان ما نقله الحموي عن الذخيرة يتمشى على رواية الحسن على خلاف ظاهر الرواية لكن يبقى التنظير في تعليله فتامل ·

وقوله ولكن يكون مردوداً بالرد الى آخر المادة عبارة الاشباه هكذا : الابراء يرتد بالرد الا في مسائل

الاولى اذا ابرأ المحتال المحتال عليه فرده لم يرتد كما ذكرناه في شرح الكنز

الثانية اذا قال المديون ابرائي فابراه فرده لا يرتد كما في البزازية

الثالثة اذا ابرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد كما ذكره في الكفالة وقيل يرتد

الرابعة اذا قبله ثم رده لم يرتد كما ذكر الزيلعي في مسائل شتى من القضاء اه ·

بقي الكلام على توجيه هذه المسائل المستثناة

اما الاولى فلأن ابرأ المحال للمحال عليه من دين الحوالة اسقاط محض ليس فيه معنى التمليك وما كان كذلك لا يرتد بالرد لان المال يسقط بمجرد الابراء والساقط لا يعود وكونه اسقاطاً محضاً على القول بان الحوالة نقل المطالبة فقط ظاهر ·

واما على القول بانها نقل المطالبة مع الدين فلان الدين انما انتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه موقتاً بدليل انه لو توى المال على المحال عليه يرجع به المحال على المحيل فاعتبر الدين باقياً على المحيل وبهذا الاعتبار صار الابراء اسقاطاً محضاً حتى لو وهب المحال دين الحوالة من المحال عليه توقف على قبوله ويرتد برده لان الهبة تمليك فيرجع به المحال عليه على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين والا صار

قصاصاً بما عليه من الدين كما في البحر ورد المحتار اول كتاب الحوالة . وبه سقط ما في الحموى من كتاب المداينات من انه لا يظهر له وجه

واما الثانية فلان طلب المديون الابراء ابتداء ، قايم مقام القبول فكانت نظير المسئلة الرابعة الآتية

واما الثالثة فلان ابرأ الطالب الكفيل ، اسقاط محض اذ لا مال له عليه وانما له حق المطالبة فقط وما كان اسقاطاً محضاً لا يحتمل الرد كما تقدم في المسئلة الاولى

واما الرابعة فلان الابراء قد تم بالقبول فلم يبق محلاً للرد كما في الزيلعي .

﴿ تنبيه ﴾

جزم الشارح اللبناني ان قول المجلة هنا في ذلك المجلس ، قيد احترازيٌّ حتى لو رد الابراء بعد تفرق المجلس لا يصح الرد وهذا محتاج الى التثبيت بالنقل الصريح .

وقد ذكر في البحر وحواشيه من الكفالة وكذا الحموي في المداينات مسئلة تدل على خلاف ما ذكر وهي انه لو وهب الطالب المال من المطلوب او ابرأه منه فمات قبل الرد ، فهو بريء وان لم يمت ورد الهبة فرده صريح اه . فانظر كيف اطلق صحة الرد قبل موت المطلوب فافاد انه لا فرق في صحته قبل القبول بين ان يكون في مجلس الابراء او بعده في مجلس آخر والله اعلم

المادة ١٥٦٩ — ﴿ يصح ابراء الميت من دينه ﴾

فلا رجوع له به في التركة بعده ولذا لو كفل بما على الميت من الدين بشرط براءة ذمته منه يصح كما قدمناه في شرح المادة ١١٦١

المادة ١٥٧٠ - ❋ اذا ابرأ الذي في مرض الموت احد ورثته من دينه فلا يكون صحيحاً ونافذاً واما اذا ابرأ من لم يكن وارثه فيعتبر من ثلث ماله ❋

المادة ١٥٧١ - ❋ اذا ابرأ من تركة مستغرقة بالديون في مرض موته احد مديونيه لا يصح ابراؤه ولا ينفذ ❋

حاصل هاتين المادتين ان المريض مرض الموت اذا كان مديوناً بمستغرق فلا يجوز ابراؤه مديونه مطلقاً لتعلق حق الغرماء بجميع تركته فلا ينفذ تصرفه في شيء منها وان كان غير مديون بمستغرق فكذلك لا يجوز ان كان من ابرأه وارثاً ما لم تجز بقية الورثة ولم يكن له وارث آخر بلا فرق بين ان يكون اصيلاً او كفيلاً عن اجنبي لان هذا الابراء له حكم الوصية وهي لوارثه لا يجوز . وان كان من ابراه اجنبياً جاز الابراء من ثلث ماله اي من ثلث ما يبقى من ماله بعد ايفاء ما عليه من دين غير محيط بلا فرق ايضاً بين ان يكون اصيلاً او كفيلاً عن الوارث وهذا لان براءة الكفيل لا تستلزم براءة الاصيل . ويستثنى من جواز ابراء الاجنبي ، ما اذا كان وارث المريض كفيلاً له فانه لا يجوز ايضاً ، لان براءة الاصيل تستلزم براءة الكفيل ، قال في كتاب الاقرار من الرابع والثلاثين من الفصولين : وجاز ابراؤه يعني المريض الاجنبي من دين له عليه الا ان يكون الوارث كفيلاً عنه فلا يجوز اذ يبرأ ببرائته اه

❋ تنبيه ❋

اذا اقر المريض انه ابرأ وارثه عن دين له عليه لا يصح ، حكاية بان يسند الابراء الى حال الصحة ويقول قد كنت ابرأته عنه وانا صحيح ولا ابتداء بان

بقصد ابراءه عنه الآن . اما الثاني فظاهر . واما الاول فلأنه حكى امراً لا يملك استئنافه وان اقر بذلك لاجنبي فلا فرق فيه ايضاً بين كونه حكاية او ابتداء حيث ينفذ كل منهما من الثلث فقط على ما في البدائع والجواهر خلافاً لما في الفصول العمادية من انه ان حكى انه ابرأه في الصحة يجوز من كل المال والا بان انشأ الابراء يجوز من الثلث لانه تبرع هذا ما حققه في تنقيح الحامدية

واستظهر تقديم ما في البدائع والجوهرة على ما في الفصول لكونها من الشروح . والوجه لها انه اذا اسند البرائة الى زمان متقدم حكمنا بوجودها في الحال وهو في الحال لا يملك التبرع الا بالثلث . وهذا كله اذا اقر المريض بالابراء اما لو اقر باستيفاء الدين فسيأتي حكمه في المادة ١٦٠٠ والمادة ١٦٠٣

بقي ما اذا اقر المريض ببرائة مديونه الاجنبي وهو مديون بمحيط وظاهر انه لا يجوز اقراره بها وان اسندها الى حال الصحة لانه حكى امراً لا يملك استئنافه في الحال لانه ممنوع عن التبرع بشيء من تركته لتعلق حق الغرماء بها . اما لو اقر باستيفاء الدين والحالة هذه فسيأتي حكمه في المادة ١٦٠٣ وشرحها

﴿ تتمة ﴾

لم تذكر في المجلة احكام التخارج كما هي مذكورة في فصل مخصوص آخر كتاب الصلح من اكثر كتب الفقه لندرة وقوعها اذ قلما يرضى احد ان يخرج من البين بغير استيفاء نصيبه فتح ولانه يمكن استخراج احكامه من صحة وفساد من المواد السابقة وها تتميماً للفائدة نلخص ما ذكره الفقهاء في ذلك الفصل فنقول .

التخارج تفاعل من الخروج ومعناه ان يتصالح الورثة على اخراج بعضهم من الميراث على شيء معلوم اذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها بمال اعطوه اياه والتركة عقار او عروض جاز قليلاً كان ما اعطوه او كثيراً لانه امكن تصحيحه بيعاً ثم لا يضره جهالة مقدار حصته من التركة ولا جهالة المصالح عنه لان جهالة ما ذكر انما تفسد البيع اذا كانت الجهالة تفضي الى المنازعة بان كان يحتاج فيه الى تسليم المبيع وهذا لا يحتاج الى تسليم لان المبيع في ايدي باقي الورثة

فلا يفضي الى المنازعة . وان كانت التركة فضة فاعطوه ذهباً او كان ذهباً فاعطوه فضة ، فهو كذلك ، لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي — لكن يعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحداً ، يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح . وان كان مقراً لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن قبض الصلح وذلك بان يرجع الى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضه . وان كانت التركة ذهباً وفضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازاً عن الربا فان كان مساوياً لنصيبه او اقل او لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الربا . اما اذا كان مساوياً فلزيادة العروض واذا كان اقل فلزيادة العروض وبعض الدراهم . وان كان مجهولاً ففيه شبهة ذلك فتعذر تصحيحه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق الابراء ايضاً لان التركة عين و الابراء عن الاعيان باطل ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب او الفضة لانه صرف في هذا القدر

قال الشلبي في حاشيته على الزيلعي قال الاتقاني قال شيخ الاسلام الاسبيجابي قال ابو الفضل يعني الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على اقل من نصيبه من العين او على مثل نصيبه منها ، في حالة التصادق . اما في حالة المناكرة فالصلح جائز لا نه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطاً

ثم قال شيخ الاسلام والصحيح انه باطل في الوجهين لانه يكون معاوضة في حق المدعي فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا اه

اقول لو اعتبر الصلح حال المناكرة اسقاطاً ، لما بطل فيما اذا كانت التركة ذهباً فصالحوه على اقل من حصته منه حال المناكرة ولما اشترط فيه التقابض فيما اذا كانت التركة عروضاً وذهباً واعطوه اكثر من حصته من الذهب مع ان المتون قاطبة اطلقت بطلان التخارج في الصورة الاولى واشتراط التقابض في صورة الثانية ، فلا جرم ان المعول عليه هو تصحيح شيخ الاسلام فاقتصار الشارح اللبناني نقلاً عن تتمة رد المحتار على ما قاله الحاكم الشهيد خلاف الصحيح

فليتنبه له .

ثم رأيت في تكملة فتح القدير رداً على الحاكم الشهيد من وجه آخر فليراجع وذكر في العناية ما قاله الحاكم الشهيد بلفظ قيل المفيدة للتضعيف . ولو كان بدل الصلح عرضاً جاز مطلقاً لعدم الربا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضاً جاز الصلح كيفما كان صرفاً للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع — لكن يشترط التقابض لكونه صرفاً . واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم ، فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين وهي حصة المصالح من غير من عليه الدين وهم بقية الورثة . والعقد اذا فسد في بعض المعقود عليه فسد في الكل . وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح ، فالصلح جائز لانه اسقاط وهو تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز . واخرى ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين به وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة لعدم رجوعهم على الغرماء . والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء فانه لا ضرر عليهم في هذه الصورة الا ضرر النقد فان العين خير من الدين . والاوجه منه ان يبيعوه كفاً من تمر او نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء او يحيلهم ابتداء ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم .

اقول لا يخفى ان على المصالح الخارج ضرراً فيما اذا باعوه كفاً من تمر بقدر الدين فانه اذا توى المال على الغرماء كان للورثة الرجوع على المصالح بثمن الكف من التمر فكانت الصورة الاخيرة اوجه الصور ، ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة . والصلح على المكيل والموزون ، قيل لا يجوز لاحتمال الربا بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل . وقال الفقيه ابو جعفر ، يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة من جنسه ويحتمل ان يكون فيها واذا كان فيها ، يحتمل ان يكون الذي وقع عليه الصلح اكثر . وان احتمال ان يكون مثله او دونه . هو احتمال الاحتمال فكان القول بعدم الجواز مؤدياً الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار

وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله تعالى والصحيح ما قاله ابو جعفر وفي الزيلعي هـذا هو الصحيح . ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة لان الورثة لا يملكون التركة في هـذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة في ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث الا ان يضمن الوارث الدين بشرط ان لا يرجع في التركة او يضمن اجنبي بشرط براءة الميت او يؤدوا دينه من مال آخر وان لم يكن مستغرقاً صح الصلح والقسمة ويرفعون منها قدر الدين حتى لا يحتاجوا الى نقض القسمة

والاولى ان لا يفعلوا ذلك حتى يقضوا الدين فان فعلوا قبل الرفع او القضاء جاز استحساناً . والقيـاس ان لا يجوز لان كل جزء من اجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله في ملك الورثة . وجه الاستحسان ان الانسـان لا يخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق تملك الوارث، ادى الى الحرج او الى ان لا يملكوا اصلاً فقلنا بانهم يملكونه دفعاً للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين كي لا يحتاجوا الى نقض القسمة اه ملخصاً من الهداية وشروحها والكنز وشروحه والدر المختار .

وفي التنوير وشرحه الدر ما نصه : ولو اخرجوا واحداً من الورثة فحصته تقسم بين الباقي على السـواء ان كان ما اعطوه من مالهم غير الميراث وان كان المعطى مما ورثوه فعلى قدر ميراثهم يقسم بينهم وبيان قسمة التركة بينهم حينئذ مذكور في كتاب الفرائض فليراجع

وقيده الخصاف بكونه عن انكار فلو عن اقرار فعلى السواء اه . قال في التكملة نقلاً عن شرح الوهبانية للشرنبلالية : والوجه انها في الاقرار يكونان مشتريين فيتنصف وفي الانكار مدعيين للتركة فتكون على قدر الانصباء واختاره البعض اه .

ولا يخفى ان التساوي بينهم لا يظهر الا اذا كانوا متسـاويين فيما دفعوه سواء كان من مالهم او من مال التركة ولا يظهر عند تفاوتهم في ذلك كما اشار الى ذلك العلامة (ط) على الدر فليتأمل .

وفي رد المحتار رجل مات عن زوجة وبنت وثلاثة ابناء عم عصبة وخلف تركة اقتسموها بينهم . ثم ادعت الورثة على الزوجة بان الدار التي في يدها ملك مورثهم المتوفي فانكرت دعواهم فدفعت لهم قدراً من الدراهم صلحاً عن انكار فهل يوزع بدل الصلح عليهم على قدر مواريثهم او على قدر رؤسهم الجواب . قال في البحر وحكمه في جانب المصالح عليه وقوع الملك فيه للمدعي سواء كان المدعى عليه مقراً او منكراً وفي المصالح عنه وقوع الملك فيه للمدعى عليه اه . ومثله في المنح فمقتضى قوله وقوع الملك فيه للمدعي ان يكون على قدر مواريثهم وفي الذخيرة ما يؤيده اه .

وكما يصح الصلح مع بعض الورثة عن كل اعيان التركة يصح عن بعضها اعتباراً للجزء بالكل فصلح احدهم عن بعض الاعيان صحيح كما في الدر والتكملة . الموصى له بمبلغ من التركة كوارث فيما قدمناه من مسئلة التخارج بتفاصيلها در

قال في الهندية رجل مات واوصى لرجل بثلث ماله وترك ورثة صغاراً او كباراً فصالح بعض الورثة الموصى له عن الوصية على دراهم معلومة ان يسلم لهذا الوارث حق الموصى له فهذا وما لو صالح بعض الورثة البعض ، سواء ان لم يكن في التركة دين ولا شيء من النقود يجوز الصلح . وان كان فيها دين على رجل ، لا يجوز . وان كان في التركة نقد فان كان ثلث النقد مثل بدل الصلح او اكثر لا يجوز وان كان بدل الصلح اكثر من ثلث النقد جاز اذا قبض الموصى له بدل الصلح قبل الافتراق وان افترقا قبل القبض بطل في النقد اه .

وفيها رجل اوصى لرجل بعبد او دار وترك ابناً وبنتاً فصالحا الموصى له من العبد على ماية درهم ان كانت الماية من مال الميراث فالعبد بينهما اثلاثاً وان كانت الماية مالهما غير الميراث فالعبد نصفين لانه معاوضة بينهما كذا في محيط السرخسي اه وهذا التفصيل متفق عليه ان كان عن انكار فان كان عن اقرار فعلى ما تقدم عن الخصاف ان العبد بينهما نصفين مطلقاً

وفي الخانية ولو ان داراً في يد ورثة ادعى رجل فيها حقاً ، وبعض الورثة حاضر وبعضهم غايب فصالح المدعى عليه الحاضر منهم على شيء مسمى من جميع حقه ، جاز ذلك ويكون متبرعاً في هذا الصلح في حصة شركائه وصلح الاجنبي

على ماله جايز ، فهذا اولى ولا يرجع على شركائه بشيء وان كان صالح على ان يكون حق المدعي للوارث الحاضر خاصته دون غيره فهو جايز ايضاً لان هذا الوارث يتملك حق المدعي بهذا العقد . ثم هو يقوم مقام المدعي في اثبات حقه ان اثبت مسلم له وان لم يقدر على اثباته بطل الصلح في حصة الشركاء ويرجع على المدعي بحصته ذلك من البدل — كما لو اشترى عبداً من رجل هو غصب في يد آخر ان اثبت المدعي ملك نفسه على الغاصب يسلم له وان عجز يرجع على البائع بالثمن اه .

وذكر في التنوير وشرحه الدر صالح الورثة احدهم ثم ظهر للميت دين او عين لم يعلموها هل يكون ذلك داخلاً تحت الصلح المذكور قولان اشهرهما لا بل يكون الذي ظهر بين الكل وهو المعتمد على ما في الخانية والاصح كما في البزازية اه ملخصاً

قال في رد المحتار وفي المحيط لو ابرأ احد الورثة الباقي ثم ادعى التركة وانكروا لا تسمع دعواه وان اقروا بالتركة امروا بالرد عليه اه اقول انظر ما كتبناه في شرح المادة ١٥٦٣ والله سبحانه وتعالى اعلم واستغفر الله العظيم

بسم الله الرحمن الرحيم

الكتاب الثالث عشر في الاقرار

﴿ ويشتمل على اربعة ابواب ﴾

- الباب الاول -

« في بيان بعض الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالاقرار »

المادة ١٥٧٢ — ﴿ الاقرار هو اخبار الانسان عن حق عليه لآخر ويقال لذلك مقر ولهذا مقر له وللحق مقر به ﴾

الاقرار مأخوذ من القرار وهو لغة الثبات يقال لغة قر الشيء اذا ثبت بعد ان كان متزلزلاً واقر فلان الشيء اذا اثبته · هـذا ان كان حسياً فان كان قولياً يقال اقر به حموي · وافاد ابو السعود ان اقر في استعمال الفقهاء لازم يتعدى بالحرف وهـو الباء لتضمنه معنى اخبر وعند اللغويين متعد" بالهمزة اه · ثم ان كون الاقرار اخبار الانسان عن حق عليه لآخر ، هو الموافق لما في الكنز وغيره من المتون · والذي ذكره في البحر ومشى عليه في التنوير انه اخبار بحق عليه من وجه انشاء من وجه · وفرع في الدر وحواشيه على الوجه الاول وهو الاخبار مسائل

الاولى صح اقراره بمال مملوك للغير فاذا اقر بملك الغير يلزمه تسليمه الى المقر له اذا ملكه برهة من الزمان لنفاذه على نفسه ولو كان انشاء لما صح لعدم وجود الملك · ولهذا لو اقر بوقفية دار ثم شراها او ورثها ، صارت وقفاً مؤآخذة له بزعمه

كما في الاشباه . وهذا بخلاف ما اذا غصب داراً من رجل فوقفها ثم اشتراها حيث لا يجوز وقفه .

والفرق ان فعل الغاصب انشاء في غير ملكه فلا يصح لان شرط صحته ملكه بخلاف الاقرار لكونه اخباراً لا انشاء قال ابو السعود : ويؤخذ من هذا انه لو ادعى شخص عيناً في يد غيره فشهد له بها شخص فردت شهادته لتهمة ونحوها كتفرد الشاهد ثم ملكها الشاهد يؤمر بتسليمها الى المدعي

الثانية لا يصح اقراره بطلاق وعتاق مكرها ولو كان انشاء لصح لان الانشاء لا يتخلف مدلوله عنه وقد علمت ان كلاً من طلاق المكره وعتقه واقع

الثالثة صح اقرار المأذون بعين في يده والمسلم بخمر قائمة بيده وبنصف داره مشاعاً والمرأة بالزوجية من غير شهود . ولو كان انشاء ، لما صح في هذه المسائل لانه في المأذون يصير تبرعاً وهو ليس اهلاً له ، وفي الخمر يكون تمليكاً مبتدأ والمسلم لا يملك تمليكه ، وفي الثالثة يكون هبة . وهبة المشاع القابل للقسمة لا تصح ، وفي الرابعة يكون انشاء نكاح وهو لا يصح بلا شهود

الرابعة لا تسمع دعواه عليه بانه اقر له بشيء معين بناء على الاقرار له بذلك لانه من حيث كونه اخباراً يحتمل الصدق والكذب فلا يكون سبباً للملك ولو كان انشاء ، لما احتمل الكذب لان الانشاء لا يتخلف عن مدلوله كما تقدم فيصير سبباً للملك فتسمع الدعوى والمفتي به عدم السماع كما سيأتي تحقيقه في المادة ١٦٢٨ وشرحها

وفرع على الوجه الثاني وهو كونه انشاء مسئلتين

الاولى انه لو رد المقر له اقراره ثم قبل لا يصح ولو كان اخباراً لصح واما بعد القبول فلا يرتد بالرد ولو اعاد المقر اقراره فصدقه المقر له لزمه ، لانه اقرار آخر وسياتي لهذا زيادة تحقيق في المادة ١٥٨٠ وشرحها

الثانية ان الملك الثابت به اي بالاقرار ، لا يظهر في حق الزوائد سواء كانت قائمة او مستهلكة ولو كان اخباراً لملكها

قال في الخانية رجل في يده جارية وولدها اقر ان الجارية لفلان لا يدخل فيه الولد . ولو اقام بينة على جارية انها له يستحق اولادها وفي التكملة عن

نور العين شرى امة فولدت عنده لا باستيلاده · ثم استحقت ببينة يتبعها ولدها ولو اقر بها لرجل ، لا

والفرق انه بالبينة يستحقها من الاصل · ولذا قلنا ان الباعة يتراجعون فيما بينهم — بخلاف الاقرار حيث لا يتراجعون · ثم الحكم بامة ، حكم بولدها او كذا الحيوان اذ الحكم حجة كاملة بخلاف الاقرار فانه لم يتناول الولد لانه حجة ناقصة · وهذا لو الولد بيد المدعى عليه فلو في ملك آخر هل يدخل في الحكم اي في صورة ما استحقت ببينة اختلف المشايخ اه · وما مشت عليه المجلة تبعاً لعامة المتون من ان الاقرار اخبار لا انشاء اصلاً هو المعول عليه لان الصحيح ان الاقرار لا يكون سبباً للملك

والجواب عن المسئلتين الاخيرتين اللتين استدل بهما على انه انشاء مطلقاً او من وجه ، بان عدم صحة قبول المقر له بعد رده الاقرار ليس لكون الاقرار انشاء بل لكونه اخباراً يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له صار كان لم يكن فلا يصح رجوعه الى القبول ما لم يصدر من المقر اقرار آخر كما يشير الى ذلك ما يأتي في المادة ١٦٢٨ وشرحها

وذكر الحموي انه انما يرتد بالرد فيما ذكر لوجود معنى الانشاء فيه لا انه انشاء محض وبان عدم تناول الاقرار للزوايد ليس ايضاً لكونه حجة ناقصة كما يفهم من التعليل المار عن نور العين ، او لان الاقرار مظهر لما كان ثبت قبل الاقرار وهو صادق بما اذا كان ثبوته بعد حدوث الزوايد فلا يتناولها الاقرار · ولهذا لم تعول المجلة على ما في البحر والتنوير

بقي ان تعريف الاقرار بكونه اخباراً لانسان عن حق عليه لا يدخل فيه الاقرار بان لا حق له على فلان ولا الابراء واسقاط الدين ونحوه كاسقاط الشفعة وقد يقال في هذا ايضاً اخبار بحق عليه وهو عدم وجوب المطالبة فيكون داخلاً

المادة ١٥٧٣ — ✻ يشترط ان يكون المقر عاقلاً بالغاً بناء عليه لا يصح اقرار الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة والمعتوه والمعتوهة

ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم ولكن الصغير المميز المأذون في حكم البالغ في الخصوصات التي صحت ماذونيته فيها ✻

توضيح هذه المادة انه يشترط لصحة الاقرار كون المقر من اهل التكليف فلا يصح اقرار الصبي والمجنون والمعتوه وان اجازه الولي لان الاجازة لا تلحق الباطل وهذا باطل لانعدام اهلية الالتزام الا اذا كان الصبي ماذوناً له بالتجارة فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله احد فدخل في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح اقراره بها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل - بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة المال بغير مال ، والجناية ليست مبادلة ، والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن . ثم ان النائم والمغمى عليه كالمجنون لانعدام التمييز . واما السكران فاقراره جايز مطلقاً اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافي الخطاب - الا اذا اقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة كالردة وحد الزنا وشرب الخمر بان اقر وهو سكران بانه شرب الذي هو فيه او غيره لا يصح اقراره فلا يقام عليه الحد وانما يترتب على البينة لان السكران لا يكاد يثبت على شيء فاقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع . ولو اقر بالسرقة يضمن المسروق ولا يقام عليه حد السرقة ، وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرهاً او مضطراً ، لا يلزمه شيء - وكذا لو سكر من المتخذ من الحبوب او العسل عندهما خلافاً لمحمد رحمهم الله تعالى زيلعي بزيادة من الدر وحواشيه ، قال في الاشباه واختلف التصحيح بما اذا سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب او العسل . والفتوى على انه سكر محرم فيقع طلاقه وعتاقه ولو زال بالبنج لم يقع وعن الامام انه ان كان يعلم انه بنج حين يشرب يقع والا فلا اه . وفي التكملة عدم وقوع طلاق السكران بالبنج والافيون لعدم المعصية فانه يكون للتداوي غالباً فلا يكون

زوال العقل بسبب هو معصية — حتى لو لم يكن للتداوي بل للهو وادخال الآفة قصداً ينبغي ان تقول يقع . وقال ايضاً اتفق مشايخ الحنفية والشافعية بوقوع طلاق من زال عقله باكل الحشيش وهو المسمى ورق القنب لفتواهم بحرمته اتفاقاً من متأخريهم اذ لم يظهر امر الحشيش في زمن المتقدمين اه وفي الاشباه ان السكران بمحرم كالصاحي الا في مسائل منها : الاشهاد على شهادة نفسه فانه لا يصح .

الثانية تزويج الصغير والصغيرة باقل من مهر المثل او اكثر فانه لا ينعقد وان كان في زيادة مهر الصغيرة ونقص مهر الصغير مصلحة لها لعدم اعتبار عبارته الثانية

الثالثة : الوكيل بالطلاق صاحياً اذا سكر فطلق لم يقع الطلاق

الرابعة : الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ على موكله

الخامسة : غصب من صاح ورده عليه سكران اه غير ان محشيها الحموي قد رد الثانية بان ما قاله المص قول والصحيح الوقوع كما في الخانية والبحر .

ورد الرابعة بان المنقول في العمادية ان حكم السكران في هذه المسئلة حكم الصاحي وحينئذ لا يصح استثناء هذه المسئلة بل هي داخلة في العموم اه

واعلم ان الفقرة الثانية من هذه المادة وهي قوله ولا يصح على هؤلاء اقرار اوليائهم واوصيائهم ، وان كانت مسئلة مستقلة لا تعلق لها باول المادة وآخرها — الا ان لذكرها هنا مناسبة ظاهرة فانه كما لا يجوز اقرار هؤلاء على انفسهم لكونهم غير مكلفين ، كذلك لا يجوز اقرار غيرهم عليهم وان كان له ولاية التصرف في اموالهم كالاولياء والاوصياء . وهذا لان اقرار الانسان على غيره باطل ، قال في الدرر لا يجوز اقراره اي الوصي بدين على الميت ولا بشيء من تركته انه لفلان لكونه اقراراً على الغير الا ان يكون المقر وارثاً فيصح في حصته لانه اقرار على نفسه اه .

وفي كتاب آداب الاوصياء ما نصه : ذكر في الذخيرة انه اذا اقر الوصي على الميت بدين لا يصح اقراره لكن لا يخرج به عن ان يكون خصماً للغريم . وهذا بخلاف وكيل المدعى عليه بالخصومة في الدين اذا اقر بالدين حيث يخرج به عن الوكالة فلا تكون له الخصومة ، حتى لو برهن عليه المدعي بالدين لم تقبل لعدم

صحة الدعوى فلو اقام على الغريم بينة بالدين الذي اقر به له تقبل بينته . اما اذا اقر بعبد في يده انه لفلان ثم ادعى انه للصغير لا تسمع دعواه . وفي العتابية اقر وصي الصغير باستيفاه الميت دينه لم يكن للوصي تقاضيه فينصب الوصي وصياً آخر بقبض ذلك الدين اه

وفيه عن الذخيرة والمنتقى رجل انفق على بعض الورثة ثم بعد ما انفق ادعى انه انفق بامر القاضي او الوصي واقر به الوصي ، صدق في اقراره وان لم يعلم انفاقه الا بقول الوصي ان كان الذي انفق عليه صغيراً اه

وفيه في فصل في الانفاق عن فتاوى العتابي : الاصل فيه ان الوصي يصدق فيما سلط عليه ولا يصدق فيما لم يسلط عليه . ومثله في الجامع الكبير فانه قال الاصل ان الوصي متى اقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغه ، والصبي منكر ينظر ان كان تصرفاً هو مسلط عليه من جهة الشرع فانه يصدق فيه ويقبل قوله بيمينه . وان كان تصرفاً لم يكن هو مسلط عليه من جهة الشرع فانه لا يصدق فيه ولا يقبل قوله بدون البينة فلو قال انفقت عليك مالك في صغرك ، والنفقة نفقة مثله في مثل المدة وانكر الصبي صدق الوصي بيمينه لانه مسلط على الانفاق بنفقة المثل شرعاً . اما لو لم تكن النفقة نفقة المثل وكانت زايدة عليه بكثير لا يصدق في الفضل لانه ليس بمسلط عليه شرعاً لانه اسراف فلا يصدق بيمينه اه

فروع

ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى في اقرار الاصل رجل اقر انه كان اقر ، وهو صبي لفلان بالف درهم وقال الطالب لا بل اقررت بها لي بعد البلوغ فالقول قول المقر مع يمينه لانه اضاف الاقرار الى حالة معهودة تنافي الضمان . ولو قال اخذت منك الف درهم وانا صبي او ذاهب العقل من مرض يعرف انه كان اصابه ، فهو ضامن للحال لان الاخذ فعل موجب الضمان على الآخذ سواء كان صبياً او بالغاً مجنوناً كان او عاقلاً اه . المدعى عليه جاء بخط البرائة انه ابراه عن هذا المال فادعى المدعي اني وقت البرائة كنت صبياً صح لانه اسند البرائة الى حالة معهودة تنافي صحة البراءة . الصبي اذا اقر بالبلوغ ثم قاسم الوصي

ان كان مراهقاً صح الاقرار والقسمة ولا يقبل قوله اني لم اكن بالغاً وان لم يكن مراهقاً بل كان مثله لا يحتلم عادة لا يصح الاقرار والقسمة اه . من كتاب احكام الصغار وتمامه فيه

المادة ١٥٧٤ — ✱ لا يشترط ان يكون المقر له عاقلاً بناء عليه لو اقر احد بمال للصغير غير المميز يصح ويلزمه اعطاء ذلك المال ✱

ولا يصح اقرار المقر بعد ذلك للغير ولو كان المقر له رضيعاً فيصير الشيء المقر به ملكاً للرضيع بمجرد الاقرار وان بين المقر سبباً غير صالح كالاقراض وثمن مبيع بان قال اقرضني الرضيع او باعني لانه اقر بوجوب الدين بسبب ، وان لم يثبت السبب الا ترى انه لو كذبه المقر له في السبب بان قال لك علي الف غصباً فقال المقر له بل ديناً يلزمه المال وان لم يثبت السبب كذا هذا تكملة عن المحيط والحواشي الحموية

وهذا التعليل اولى مما علل به في الاشباه وحواشيه واشار له في الدر من انه يحمل اسناد المقر بالسبب الى الرضيع على المجاز والمباشر حقيقة هو الولي لانه يقتضي انه اذا لم يمكن حمل الاسناد على المجاز بان قال باعني او اقرضني الرضيع بنفسه لا بمباشرة وليه لا يصح الاقرار مع انهم اطلقوا صحته .

وهذا اذا كان المقر له صغيراً ولو رضيعاً فان كان حملاً اي جنيناً فله ثلاث صور اما ان يبين المقر سبباً صالحاً كالارث والوصية ولا ثالث لهما بان يقول المقر مات ابوه فورثه او اوصى له به فلان فيجوز بالاجماع واما ان يبين سبباً غير صالح فلا يجوز بالاجماع واما ان يبهم بان يسكت عن ذكر السبب فعند ابي يوسف لا يجوز كما اذا بين سبباً غير صالح وعند محمد يجوز وحمله على السبب الصالح واختار في الهداية قول ابي يوسف على ما هو دأبه في ترتيب المسائل وتبعه صاحب الوقاية

حيث اقتصر عليه ، وعليه اكثر الشراح حيث قووا دليله فكان هو المختار والفرق بين الرضيع والحمل يعني الجنين حيث جاز الاقرار للاول وان بين انه قرض او ثمن مبيع ولم يجز الثاني ان الرضيع من اهل ان يستحق الدين بهذا السبب بتجارة وليه والجنين لا يتصور البيع معه ولا يلي عليه احد . وتوجيه قول ابي يوسف فيما اذا ابهم ولم يذكر سبباً لان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بالتجارة ولهذا حمل اقرار المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما لو صرح به فلا يصح فكذا هذا .

ثم اذا صح الاقرار للجنين فان ولدته حياً لاقل من نصف حول مذ اقران كانت ذات زوج او لاقل من سنتين ان كانت معتدة ، فله المقر به . وان ولدته ذات الزوج لاكثر من ستة اشهر لا يستحق شيئاً لعدم تحقق وجوده حين الاقرار وان ولدت حيين فلهما نصفين ولو احدهما ذكراً والاخر انثى فكذلك في الوصية بخلاف الميراث فانه للذكر ضعف الانثى وان ولدت ميتاً فيرد لورثة ذلك الموصي والمورث لعدم اهلية الجنين وان هذا الاقرار في الحقيقة لهما اي للموصي والمورث وانما ينتقل للجنين بعد ولادته حياً ولم ينفصل حياً فيكون لورثتهما

بقي الكلام على الاقرار بالحمل لآخر وهو صحيح سواء كان حمل امة او بهيمة بان يقول حمل امتي او حمل شاتي لفلان وان لم يبين له سبباً لان لتصحيحه وجهاً واحداً وهو الوصية من غيره لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سبباً كأن اوصى رجل بحمل شاة مثلاً لاخر ومات فاقر ابنه بذلك فحمل عليه وان لم يبينه بخلاف ما اذا ابهم السبب في مسئلة الوصية للحمل بشيء فان له طريقين كما قدمنا وهما الوصية والارث وليس احدهما بأولى من الآخر فيبطل ولا بد لصحة الاقرار من ان يكون الحمل المقر به محقق الوجود حين الاقرار بان تلده الامة لدون نصف حول لو مزوجة او لدون حولين لو معتدة لانه لما حكم الشارع بثبوت نسبه من المطلق كان حكماً بوجوده وقت الاقرار ولو كان الحمل غير ادمي ، يقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند اهل الخبرة كما في الزيلعي اه ملخصاً من الدر وحواشيه .

المادة ١٥٧٥ - ✱ يشترط في الاقرار رضا المقر بناء عليه الاقرار الواقع بالجبر والاكراه لا يصح انظر المادة ١٠٠٦ ✱

ونصها لا يعتبر البيع الذي وقع بالاكراه المعتبر ولا الشراء . ولا الايجار ولا الهبة ولا الفراغ ولا الصلح والاقرار والابراء عن مال، ولا تأجيل الدين ولا ولا اسقاط الشفعة ملجئاً كان الاكراه او غير ملجىء - ولكن لو اجاز المكره ما ذكره بعد زوال الاكراه ، يعتبر اه . وذكر في الدرر وغيره ان الاكراه مطلقاً يعدم الرضى والرضى شرط صحة العقد فيفسد بفواته اه

ومما يتفرع على اشتراط الرضى لصحة الاقرار عدم جوازه تلجئة او هزلاً لانعدام الرضى بالحكم كما تقدم تحقيقه في التتمة التي كتبناها في شرح المادة (٤٠٣) فارجع اليها .

وفي الهندية لو اتفقا ان يقرا ببيع لم يكن فاقرا بذلك فهو باطل ولا يجوز باجازتهما اه . فأن قلت قوله ولا يجوز باجازتهما مخالف لما ذكر في المادة ١٠٠٦ من انه لو اجازه المكره بعد زوال الاكراه يعتبر اه

قلت لا مخالفة فان مسئلة الهندية قد اقرا تلجئة بعقد لم يحصل اصلاً فلم يقبل الاجازة وما في المادة المذكورة عقدا عقداً لا يريدانه فاذا اجازاه ينقلب صحيحاً كما قدمناه في شرحها هذا ما ظهر لي .

وفي تنقيح الحامدية وكما لا يجوز بيع التلجئة لا يجوز الاقرار بالتلجئة بان يقول لآخر اني اقر لك في العلانية بمال وتواضعا على فساد الاقرار لا يصح اقراره . وان ادعى احدهما ان الاقرار هزل وتلجئة وادعى الآخر انه جد ، فالقول لمدعي الجد وعلى الآخر البينة كما في التتارخانية وتمامه فيما كتبناه في شرح المادة المذكورة .

وفي الخانية لو اكره الرجل على ان يقر لفلان بالف درهم فاقر بخمسمائة لا يصح استحساناً ولا يلزمه المال ولو اقر بالفي درهم او الف وخمسمائة لزمته الزيادة

على ما كان مكرها ولا يلزمه قدر ما كان مكرها فيه اه

❊ تنبيه ❊

قال في الدر اقرار المكره باطل الا اذا اقر السارق مكرها فافتى بعضهم بصحته ظهيرية اه . قال في التكملة ناقلاً عن اكراه البزازية: من المشايخ من افتى بصحة اقراره مكرها قال وهو الذي يسع الناس وعليه العمل والا فالشهادة على السرقات من اندر الامور .

ونقل عن الزيلعي جواز ذلك سياسة وينبغي التعويل عليه في زماننا لغلبة الفساد وحكي عن عصام انه سئل عن سارق ينكر فقال عليه اليمين فقال الامير سارق ويمين هاتوا بالسوط فما ضربوه عشرة حتى اقر فاتى بالسرقة فقال عصام سبحان الله ما رأيت جوراً اشبه بالعدل من هذا اه .

المادة ١٥٧٦ ـ ❊ يشترط ان لا يكون المقر محجوراً انظر الى الفصل الثاني والثالث والرابع من كتاب الحجر ❊

فان كان المقر محجوراً فلاقراره احكام تختلف صحة وفساداً ونفاذاً وتوقفاً باختلاف كون الحجر بسفه او دين او رق اوصغر وباختلاف كون المقر اجاز ما اقر به بعد فك الحجر عنه اولاً وباختلاف كون المقر به مالاً او عقداً او قصاصاً او حداً قد ذكرت مفصلة في الفصول المذكورة فلتراجع .

ونقل الشارح اللبناني عن الهندية ان اقرار المحجور برق او سفه او بافلاس ، يتوقف لبعد فك حجره اه .

قلت وفي الهندية آخر الباب الرابع من كتاب الاقرار اذا حجر القاضي على حر ثم اقر المحجور عليه بدين اوغصب او بيع او عتق اوطلاق او نسب او قذف او وزنا ، فهو جائز عليه عند ابي حنيفة والحجر على الحر باطل في قوله . وقالا لا يجوز اقراره بدين ولا بيع . وكل شيء يبطل في الهزل فهو في الحجر

باطل وكل شيء يجوز عليه في الهزل فهو في الحجر جايز كذا في المحيط اه والمصحح قولهما وعليه المجلة .

المادة ١٥٧٧ - ❋ يشترط ان لا يكذب ظاهر الحال الاقرار بناء عليه اذا اقر الصغير الذي لم تحمل جثته البلوغ بقوله بلغت لا يصح اقراره ولا يعتبر ❋

وان كان مراهقاً بان بلغ الصبي اثنتي عشر سنة والصبية عشر سنوات واذا لم يبلغ ذلك فلا يصح اقراره ، وان كانت جثته تحتمل ذلك كما تقدم في المادة ٩٨٨ لان علامة البلوغ لا يتصور وجودها قبل هذا السن عادة فكان ظاهر الحال مكذباً له . قال في الاشباه من كتاب الاقرار في الفن الثاني الاقرار بشيء محال باطل كما لو اقر له بارش يده التي قطعها خمس ماية درهم ويداه صحيحتان لم يلزمه شيء كما في التتارخانية من كتاب الحيل وعلى هذا افتيت ببطلان اقرار انسان بقدر من السهام لوارث وهو ازيد من الفريضة الشرعية لكونها محالاً شرعاً مثلاً لو مات عن ابن وبنت فاقر الابن ان التركة بينهما نصفان بالسوية فالاقرار باطل لما ذكرنا اه . قال شارحها الحموي وهل منه ما اذا اقرت عقب العقد ان مهرها لزيد مثلاً وسيأتي في كتاب المداينات انها اذا اقرت وقالت المهر الذي لي على زوجي لفلان او لوالدي فانه لا يصح كما في شرح المنظومة والقنية .

اقول : ولا يمكن تصحيح اقراره على ان يكون ابتداء تمليك كما لو قال داري هذه لزيد كما سيأتي لان تمليك الدين من غير من عليه الدين ، لا يجوز . ويؤخذ من هذا ان الرجل اذا اقر لزوجته بنفقة مدة ماضية هي فيها ناشزة او من غير سبق قضاء او رضاء وهي معترفة بذلك فاقراره باطل لكونه محالاً شرعاً وهي واقعة الفتوى ، قال بعض الفضلاء وقد افتيت آخذاً من ذلك بان اقرار ام الولد لمولاها بدين لزمها بطريق شرعي باطل شرعاً وان كتب به وثيقة

لعدم تصور دين للمولى على ام ولده اذ الملك له فيها كامل والمملوك لا يكون عليه دين لمالكه

ثم ان اقرار الابن ان تركة ابيه بينه وبين اخته نصفان كما تقدم ، ينبغي صحته اي الاقرار ما لم يزد في اقراره بالارث ، اذ يتصور ان تكون التركة بينهما نصفين بالوصية مع الاجازة او غيرها مع وجود التمليك كما هو ظاهر اه ما في شرح الحموي . قلت وجميع هذه المسائل تندرج تحت اشتراط ان لا يكذب ظاهر الحال المقر اذ لا شك ان من اقر بالمستحيل شرعاً كاذب في اقراره ومن ذلك ما تقدم في شرح المادة ١٥٧٤ من الاقرار للجنين بمال لا يصح ما لم يبين سبباً صالحاً لان ما اقر به مستحيل فيكون كاذباً في اقراره لكن لا بد ان يكون مستحيلاً من كل وجه كما في الاشباه فلا يرد ما تقدم في شرح المادة المذكورة من انه لو اقر ان لهذا الصغير علي الف درهم قرضاً اقرضنيه او ثمن مبيع باعنيه صح الاقرار مع ان الصبي ليس من اهل البيع والقرض ولا يتصور ان منه لانه انما صح الاقرار باعتبار ان هذا المقر محل لثبوت الدين للصغير عليه في الجملة فيتصور بان البيع صدر من بعض اوليائه فاضافه الى الصغير مجازاً فلم يكن مستحيلاً من كل وجه بخلاف الاقرار للحمل فانه لا ولاية لاحد عليه كما تقدم هناك . ومن ذلك ما لو اقر لمن لا يولد مثله لمثله بانه ابنه فلا يصح اقراره وان صدقه المقر له وكان غير معروف النسب لانه اقرار بالمستحيل فكان ظاهر الحال مكذباً له — نعم لو قال هو ابني وله في ذمتي كذا يؤاخذ المقر من حيث استحقاق المال وان لم يثبت النسب كما في الدر وحواشيه

تنبيه

جعل في التكملة من الاقرار بشيء محال ما لو اقر ان فلاناً اقرضني كذا في شهر كذا وقد مات المقر له قبله ولم يذكر هذا في الاشباه المنقول عنها ولا في شروحه ولا في الدر وحواشيه ولم اره لغير صاحب التكملة وفي النفس منه شيء فلا بد من نقل صريح يؤيده فليتنبه له

المادة ١٥٧٨ - ﴿ يشترط ان لا يكون المقر له مجهولاً جهالة فاحشة اما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعة لصحة الاقرار مثلاً لو اقر احد بقوله ان هذا المال لرجل مشيراً الى المال المعين الذي هو في يده او هذا المال لاحد من اهالي البلدة الفلانية ولم يكن اهالي تلك البلدة معدودين لا يصح اقراره . واما لو قال ان هذا المال لاحد هذين الرجلين او لاحد من اهالي المحلة الفلانية وكان اهل المحلة قوماً محصورين يعني عبارة عن اشخاص معدودين فيصح اقراره وعلى ما ذكر لو قال احد ان هذا المال لاحد هذين الرجلين لهما ان يأخذا ذلك المال من المقر ويملكانه بعد الاخذ بالاشتراك اذا اتفقا وان اختلفا فلكل منهما ان يطلب من المقر اليمين بعدم كون المال له فان نكل المقر عن يمين الاثنين يكون ذلك المال مشتركاً بينهما وان نكل عن يمين احدهما يكون ذلك مستقلاً له اي لمن نكل عن يمينه وان حلف للاثنين يبرأ المقر من دعواهما ويبقى المال المقر به في يده ﴾

ثم لو ارادا ان يصطلحا فيأخذا العبد منه فانه يكون لهما ذلك في قول ابي يوسف رحمه الله تعالى اولاً وهو قول محمد رحمه الله تعالى ثم رجع ابو يوسف عن هذا وقال لا يجوز اصطلاحهما بعد الحلف كذا في المحيط هندية .

اعلم ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا تخلو عن ثلاثة اوجه كما في الكفاية . اما ان تكون في المقر له وهي تمنع صحة الاقرار اذا كانت فاحشة وهي المذكورة في هذه المادة او تكون في المقر به وهي لا تمنع وهي المذكورة في المادة الآتية .

واما في المقر فهي تمنع نحو ان يقول لك على احدنا الف درهم لان المقضي عليه مجهول .
ونظر في تكملة الفتح في تمثيل جهالة المقر بالمثال المذكور بان الجهالة فيه في المقر عليه لافي المقر لانه متعين وهو المتكلم . قال والاولى التمثيل بان يقول احد جماعة او احد اثنين لك علي الف ولا يدري ايهم او ايهما قال ذلك اه .

اقول وعليه فتكون اوجه الجهالة اربعة . والظاهر ان حكم هاتين الجهالتين اي جهالة المقر وجهالة المقر عليه ، واحد وهو عدم الصحة لان المقضى عليه فيهما مجهول . ويمكن ان يراد بالمقر في عبارة الكفاية ، المؤاخذ باقراره فيعم الصورتين فتدبر .

وعبارة الزيلعي هكذا : الجهالة في المقر له تمنع صحة الاقرار سواء تفاحشت الجهالة بان قال علي الف درهم لواحد من الناس او لم تتفاحش بان قال علي الف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقاً اذ لا يمكن جبره من غير تعيين المدعي فلا يفيد فائدته

هكذا ذكر شمس الائمة . وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه والناطفي في واقعاته انها اذا تفاحشت ، لا يجوز وان لم تتفاحش ، جاز لان صاحب الحق لا يعد ومن ذكره . وفي مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد ينسي صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدي الى ابطال الحق عن المستحقين والقاضي نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله — فصار نظير ما اذا اعتق احد عبديه ثم نسيه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما امكن دعواهما فيصح اقراره وقال في الكافي وهو الاصح

ولو كان المقر عليه مجهولاً بان قال لك على احدنا الف لا يصح لان المقضي عليه مجهول اه

وذكر في التكملة وغيرها ان القاضي يحلفه لكل منهما يميناً على حدة ويبدأ بيمين ايهما شاء او يقرع . وله ايضاً ان يحلفه لهما يميناً واحدة وذكر في شرح الحموي على الاشباه ان شراح الهداية وغيرها مثلوا الفاحشة بان يقول لواحد من الناس ولغير الفاحشة بان يقول لاحد كما ووقع تردد في درس شيخ مشايخنا بين اهل الدرس فيما لو قال لاحدكم وهو ثلاثة او اكثر محصورون هل هو من الثاني

او الاول فمال بعضهم الى انه من قبيل غير الفاحشة واقتصر له بما في الخانية : لو قال من بايعك من هؤلاء واشار الى قوم معينين معدودين فانا قبيل بثمنه ، جاز اه . قال في التكملة : قال السايحاني ويظهر لي ان المتفاحش مائة اه . واستظهر في التكملة ان المتفاحش ما زاد على المائة فان حد الاحصاء مائة فما دونها وما زاد عليها لا يحصون وعزاه الى الصيرفية عن جواهر الاخلاطي

وفي الهندية ولو قال لفلان علي الف درهم ولفلان علي مائة دينار او لفلان ، فالالف للاول وللآخرين ان يصطلحا في المائة دينار ولو قال لفلان علي مائة دينار ولفلان علي كر حنطة او لفلان كر شعير ، فالدنانير للاول ثابتة ولا شيء للآخرين ولكن لكل واحد منهما ان يحلفه على ما يدعيه عليه كذا في المبسوط .

ولو قال لفلان علي مائة درهم ولفلان او لفلان فللاول عليه نصف المائة والنصف الثاني يحلف عليه لكل واحد من الآخرين الا ان يصطلحا عليه فيكون بينهما نصفين ولو قال لفلان علي مائة درهم او لفلان ولفلان ، فالنصف للثالث والنصف الباقي بين الاولين على ما وصفنا كذا في الحاوي . ولو قال لفلان علي مائة درهم ولفلان او فلان ولفلان فللاول الثلث وللرابع الثلث ويحلف للثاني والثالث الا ان يصطلحا كذا في محيط السرخسي

﴿ تنبيه ﴾

مسئلة المتون وهي ما لو قال هذا الالف وديعة فلان ليست من قبيل الاقرار لمجهول لان المقر له فيها معلوم وانما هي في معنى الاستثناء ولذا ذكروها في باب الاستثناء وقالوا ان الالف للاول وعلى المقر مثله للثاني ، قال الزيلعي لأنه لما اقر به للأول ، صح اقراره له وصار ملكاً له . وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه اقر له بها وقد اتلفها باقراره بها للاول فيضمن له لانه متعد باقراره للاول في حقه — بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان بلا ذكر ايداع حيث لا يجب عليه للثاني شيء . لانه لم يقر بالايداع منه وانما اقر به

الاول ثم رجع وشهد به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسئلة الكتاب يعني الكنز اقر بالايداع من الثاني وقد عجز عن رد الوديعة بفعله فصار مستهلكاً لها فيضمن ·

وعلى هذا لو كان الالف غير معين بان قال لفلان علي الف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد الف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما · ولو كان المقر له واحداً بان قال لفلان علي الف درهم لا بل الفان يلزمه اكثرهما استحساناً · والقياس ان يجب عليه المالان وهو ثلاثة الاف وهو قول زفر وجه الاستحسان انهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول — لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له ، امكن جعله تكراراً كما اذا اقر له مرتين بأن قال لفلان علي الف درهم ، ثم قال له علي الفان فانه يجب عليه الفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس واختلاف المقر له ، لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكراراً ، وعند اختلاف المقر له يكون رجوعاً عن الاول واقراراً به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ·

ولو كان ذلك في الوصف بان قال علي الف درهم جياد لا بل زيوف او الف زيوف لا بل جياد ، لزمه الجياد استحساناً لانه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه افضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار اكثر المالين في الجنس المتحد ، لان الاردأ داخل في الاجود كما ان الاقل داخل في الاكثر ·

قال : غصبت فلاناً مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلاناً لزمه لكل واحد منهما كله لانه اقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاول وعليه للثاني مثلها · ولو قال غصبت من فلان الف درهم وفلاناً مائة دينار وفلاناً كر حنطة لا بل فلاناً فانه يغرم للرابع ما اقر به للثالث لانه استدراك ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه اه ·

- الباب الثاني -

﴿ في بيان وجوه صحة الاقرار ﴾

المادة ١٥٧٩ - ﴿ كما يصح الاقرار بالمعلوم كذلك يصح الاقرار بالمجهول ولكن كون المقر به مجهولاً في العقود التي لا تكون صحيحة مع الجهالة كالبيع مانع لصحة الاقرار مثلاً اذا قال احد لفلان عندي امانة او قال سرقت مال فلان او غصبته يصح اقراره ويجبر على تعيين الامانة المجهولة او المال المسروق او المغصوب واما لو قال بعت لفلان شيئاً او استاجرت من فلان شيئاً فلا يصح اقراره ولا يجبر على بيان ما باعه او استاجره لانه اسنده الى حال منافية للضمان ﴾

اعلم ان المقر بالمجهول تارة يطلق وتارة يبين سبباً لا تضره الجهالة كالغصب والجناية وتارة يبين سبباً تضره الجهالة فالاول يصح ويحمل على ان المقر به لزمه بسبب لا تضره الجهالة والثاني ظاهر والثالث لا يصح الاقرار به كالبيع والاجارة فان من اقر انه باع من فلان شيئاً او آجر من فلان شيئاً او اشترى من فلان شيئاً قوله شيئاً كذا شي٠ لم توجد لفظة شيئاً بالتكملة ولا في الدرر فليتأمل بالصواب كذا بشي٠ لا يصح اقراره ولا يجبر المقر على تسليم شيء تكملة عن الدرر والشرنبلالية.

وفي الهداية وشروحها جهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم

مجهولاً بان اتلف مالاً لا يدري قيمته او يجرح جراحة لا يعلم ارشها او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط بها علمه والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها اي الذمة فاذا بين غير ذلك يكون رجوعاً عن الاقرار وذلك باطل ، فاذا بين ماله قيمة يثبت في الذمة مكيلاً كان او موزوناً او عددياً نحو كر حنطة او فلس او جوزة ، فاما ان يصدقه المقر له او لا فان صدقه اخذه والا فالقول قول المقر مع يمينه لان المقر له يدعي الزيادة عليه وهو منكر. وكذلك اذا قال لفلان علي حق ، لما بينا من انه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها . وذكر في المحيط والمستزاد ، ولو قال الرجل لفلان علي حق ، ثم قال مفصولاً عنيت به حق الاسلام ، لا يصدق وان قال موصولاً يصدق لانه بيان يعتبر باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام ، وانما يراد به حقوق مالية كذا في الكافي — وكذا لو قال غصبت منه شيئاً ، وجب عليه ان يبين ما هو مال حتى لو بين ان المغصوب زوجته او ولده لا يصح وهو اختيار مشايخ ما وراء النهر وقيل يصح وهو اختيار مشايخ العراق والاول اصح لان الغصب اخذ مال فحكمه لا يجري فيما ليس بمال ولا بد ان يبين ما يجري فيه التمانع حتى لو بين في حبة حنطة او في قطرة ماء لا يصح لان العادة لم تجر في غصب ذلك فكانت مكذبة له في بيانه ولو بين في العقار او خمر المسلم صح بيانه لانه مال يجري فيه التمانع وان كان الغصب لا يتحقق في العقار في قول ابي حنيفة ولا في خمر المسلم لانه غير مال في حقه لان حقيقة الغصب الشرعية تترك في ذلك بدلالة العادة واذا قال في اقراره لفلان علي مال فمرجع البيان اليه اي الى المقر ، لكونه المجمل والرجوع في بيان المجمل الى المجمل ويقبل قوله فيما بين الا انه لا يصدق في اقل من درهم والقياس قبوله لانه مال . وجه الاستحسان انه لا يعد مالاً عرفاً والحقيقة تترك بدلالة العادة ولو قال له علي مال عظيم فلا بد من البيان بما يعد عظيماً عند الناس والغني بالنصاب لان صاحبه يعد غنياً في الشرع

والعرف فان بين بالمال الزكوي فلا بد من بيان اقل ما يكون نصاباً ففي الابل خمس وعشرون ، لانه اقل نصاب تجب فيه الزكاة من جنسه . وفي الدينار بعشرين مثقالاً وفي الدراهم بمائتي درهم . وان بين بغير الزكوي فلا بد من بيان قيمة النصاب . وهكذا الحكم لو قال ابتداء له علي مال عظيم من الدراهم او من الدنانير او من الابل

فان قيل ينبغي ان يقدر في الابل بخمس لانه نصاب تجب فيه شاة فكان صاحبها بها غنياً قلنا هي مال عظيم من وجه حتى يجب فيها الزكاة وليست بمال عظيم من وجه حتى لا يجب فيها من جنسها فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيماً مطلقاً اذ المطلق ينصرف الى الكامل . ولو قال له علي اموال عظام فالتقدير بثلاثة نصب من اي نوع سماه اولاً او بينه ثانياً اعتباراً لادنى الجمع . فلو قال من الدراهم كان التقدير بستمائة درهم ولو قال من الدنانير كان بستين مثقالاً الى غير ذلك من الاجناس ولو فسرها بغير المال الزكوي اعتبر قيمة ثلاثة نصب كما تقدم . ولو قال له علي مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي لم اجده منصوصاً وكان الجرجاني يقول يلزمه مايتان . ولو قال له علي دراهم فهي ثلاثة بالاتفاق لانها اقل الجمع الا ان يبين اكثر منها لاحتمال اللفظ ولكونه عليه فلا تهمة وينصرف الى الوزن المعتاد . ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة عند ابي حنيفة لان العشرة اقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ وقالا لا يصدق في اقل من نصاب لانه هو الاكثر كثرة شرعية . ولو قال له علي دريهم او دنينر بالتصغير فعليه درهم تام ودينار تام لان الصغير قد يذكر بالتصغير لصغر حجمه فلا ينقص عن الوزن ، وروى ابن سماعة عن ابي يوسف اذا قال علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان ادنى الجمع ثلاثة دراهم وضعفها ستة . ولو قال دراهم اضعاف مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهماً لان اضعافاً جمع واقله ثلاثة فتصير تسعة ومضاعفة التسعة ثمانية عشر ، واذا قال له علي كذا درهماً لزمه درهم على المعتمد ومثله ما اذا رفع درهم او سكنه لانه تفسير للمبهم ، وان قال كذا درهم بالخفض لزمه مائة لان المائة اقل عدد يضاف اليه الدرهم . ولو قال كذا درهماً لم يصدق في اقل من احد عشر

درهماً ، لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد عشر .

ولو قال كذا و كذا درهماً لم يصدق في اقل من احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك من المفسر احد وعشرون ، ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير لكذا كذا كذا غير احد عشر الى تسعة عشر فيلزمه اقلها وهو احد عشر حملاً للاثنين من اللفظات الثلاثة على احد عشر ، والثالثة على التكرار والتأكيد . وان ثلث بالواو بان قال كذا و كذا و كذا درهماً يلزمه مائة واحدٌ وعشرون ، وان ربع يزاد عليها الف فيلزمه الف ومائة واحد وعشرون لان العدد الذي ذكرنا انه يلزم في صورتي التثليث والتربيع ، نظير ما ذكر آنفاً اي انه اقل ما يعبر عنه بثلاثة اعداد او اربعة مع العاطف قال الامام الزيلعي : ولو خمس بالواو ينبغي ان يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة الف . ولو سبع يزاد الف الف وعلى هذا كلما زاد كذا معطوفاً بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى اه ملخصاً عن الهداية وشروحها .

وفي الهندية : ولو قال الوف دراهم فثلاثة آلاف . ولو قال الوف كثيرة فعشرة آلاف . ولو قال له علي مال لا قليل ولا كثير فعليه مائتا درهم . ولو قال مال قليل لزمه درهم واحد . ولو قال له علي زهاء الف درهم او جل الف درهم او قرب الف درهم فهذا كله اقرار بخمسمائة وزيادة شيء . و كذلك هذا في الغصب والوديعة وفي الكيلي والوزني والثياب ، وعن محمد اذا قال لفلان علي غير الف فعليه الفان . ولو قال غير الفين فعليه اربعة آلاف . ولو قال غير درهم فعليه درهمان . ولو قال غير درهمين فعليه اربعة . ولو قال حنطة كثيرة ، فعندهما على خمسة اوسق وعند ابي حنيفة البيان اليه بعد ان يبين ربع الهاشمي وهو الصاع

ولو قال بضع وخمسون درهماً فالبضع ثلاثة فصاعداً . ولو قال لفلان علي عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف اليه ، فلو بينه باقل من درهم جاز . ولو قال له علي مائة ودرهم فعليه مائة درهم ودرهم عندنا . و كذلك لو قال مائة ودينار ، او مائة وقفيز حنطة فذكر شيئاً من المكيل والموزون ، ولو قال عشرة

دراهم ودانق او قيراط فهو من الفضة . ولو قال له علي مائتا مثقال ذهباً وفضة او كذا حنطة وشعيراً ، فعليه من كل واحد منهما النصف . وكذلك لو سمى اجناساً ثلاثة فعليه من كل واحد الثلث . ولو قال مائة وعبد او قال مائة وشاة او مائة وثوب او مائة وثوبان فالقول في بيان المائة ، قوله ولو قال مائة وثلاثة اثواب ، فالكل من الثياب . ولو قال لفلان جزء من داري فاليه البيان وله ان يقر بما شاء . وكذلك الشقص والنصيب والطايفة والقطعة — واما السهم فهو عند ابي حنيفة على السدس وعندهما يؤمر بالبيان اه وتمامه فيها .

المادة ١٥٨٠ — ✻ لا يتوقف الاقرار على قبول المقر له ولكن يكون مردوداً برده ولا يبقى له حكم واذا رد المقر له مقداراً من المقر به لا يبقى حكم الاقرار في المقدار المردود ويصح الاقرار في المقدار الباقي الذي لم يرده المقر له ✻

اما كون الاقرار لا يتوقف على قبول المقر له فلما تقدم في المادة ١٥٧٢ من ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق للمقر له فيما مضى لا انشاء الحق ابتداءً حتى يشترط له القبول . واما كونه يرتد برد المقر له فلوجود معنى الانشاء فيه كما قدمناه عن الحموي في شرح المادة المذكورة . وعن هذا ذكر في الهندية وغيرها ان الاقرار في حق ملكية المقر به ، يعتبر اظهاراً حتى يحكم بملكيته للمقر له بنفس الاقرار ولا يتوقف على تصديق المقر له . اما في حق الرد فيعتبر تمليكا مبتدأ كالهبة حتى يبطل برد المقر له اذا كان المقر له يبطل بالرد حق نفسه خاصة . اما اذا كان يبطل حق غيره ، فلا يعمل رده كما اذا اقر الرجل اني بعت هذا العبد من فلان بكذا فرد المقر له اقراره ، وقال ما اشتريت منك شيئاً . ثم قال بعد ذلك اشتريت فقال البائع ما بعتكه لزم البائع البيع بما سمى لانه جحد البيع بعد تمامه وجحود احد المتعاقدين لا يضر حتى ان المشتري متى قال بما

اشتريت وصدقه البائع وقال نعم ما اشتريت ثم قال لا بل اشتريت ، لا يثبت الشراء وان اقام البينة على ذلك لان الفسخ تم بجحودهما . ثم في كل موضع بطل الاقرار برد المقر له لو اعاد المقر ذلك الاقرار فصدقه المقر له كان للمقر له ان يأخذه ، وهذا استحسان اهـ وكذا لو لم يعد المقر اقراره لكنه بقي مما كان مصراً على اقراره الاول كما في الاشباه ، قال شارحه الحموي لان الاصرار على الاقرار بمنزلة انشائه فيصادف التصديق اقراراً مبتدأ لم يبطله الرد وان لم يكن مصراً على اقراره لا يفيد عود المقر له الى تصديقه لان الاقرار الذي صدقه فيه قد ارتد بالرد ولم يتجدد اقرار آخر يصادفه التصديق فبطل اهـ . وافاد في الدر ان الاقرار بعد القبول لا يرتد بالرد وعلله في رد المحتار بانه صار ملكه ونفي المالك ملكه عن نفسه عند عدم المنازع لا يصح — نعم لو تصادقا على عدم الحق ، صح لما تقدم في البيع الفاسد انه طاب ربح مال ادعاه على آخر فصدقه على ذلك فاوفاه اياه ثم ظهر عدمه بتصادقهما انه لم يكن عليه شيء . فانظر كيف التصادق اللاحق نقض السابق مع ان ربحه طيب حلال اهـ

اقول وتعليله عدم صحة الرد بعد القبول بقوله لانه صار ملكه الخ فيه نظر فانه قد صار ملكاً له بمجرد اقرار المقر كما سمعت التصريح به عن الهندية وغيرها وقد اتفقوا ان الاقرار يرتد بالرد مع ان فيه نفي المالك ملكه عن نفسه فتأمل .

ثم اعلم انه اذا اختلف المقر والمقر له فاما ان يكون اختلافهما في نفس المقر به اي في جنسه او نوعه كما لو اقر بالدين والمقر له يدعي العين او على العكس . وهذا يمنع صحة الاقرار لان المقر له لما ادعى غير ما اقر به المقر ، كان رداً لاقراره وهو يرتد بالرد كما عرفته وما ادعاه المقر له لا يثبت لان المقر ينكره . واما ان يقع الاختلاف في بعض المقر به وهذا هو المذكور في هذه المادة . وحكمه ان القدر الزائد الذي رده المقر له يبطل ويصح الاقرار فيما بقي . هذا بخلاف المشهود له اذا اكذب شاهده في بعض ما شهد له به حيث تبطل شهادته في الجميع لان التكذيب تفسيق والفسق مانع من قبول الشهادة لا من صحة الاقرار . واما ان يكون اختلافهما في السبب كما اشار اليه بقوله

المادة ١٥٨١ — ﴿ اذا اختلف المقر والمقر له في سبب المقر به فلا يكون اختلافهما مانعاً لصحة الاقرار مثلاً لو ادعى احد الفاً من جهة القرض واقر المدعى عليه بالف من جهة ثمن المبيع فلا يكون اختلافهما هذا مانعاً لصحة الاقرار ﴾

بل يثبت المقر به ويبطل السبب ، لانه هو الذي فيه الاختلاف فاذا بطل وصار كأن لم يكن ، بقي اقرار بمال مطلق غير مقيد بالسبب وهو مقبول لان صحته غير مفتقرة الى ذكر السبب افاده الحموي عن شرح تلخيص الجامع .

وفي الهندية قال لغيره هذه الالف وديعة لك عندي وقال المقر له ليست بوديعة ولي عليك الف من قرض او ثمن مبيع ثم جحد المقر الدين والوديعة واراد المقر له ان ياخذ الوديعة قضاء عن الدين الذي يدعيه لم يكن له ذلك لان اقراره بالوديعة اولاً ، بطل بالرد . ولو قال المقر له ليست بوديعة ولكنني اقرضتكها بعينها وجحد المقر القرض كان للمقر له ان ياخذ الالف بعينها — الا ان يصدقه المقر في القرض فحينئذٍ لا يكون للمقر له ان ياخذ ألالف بعينها . اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع فقال فلان ما كان لي عليه قط الف درهم من ثمن متاع لكن لي عليه الف من قرض كان له الالف . ولو قال ما كان لي عليه قط الف درهم من ثمن متاع وسكت ثم ادعى الالف انه قرض ، لا يصدق واذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن متاع باعينه الا انني لم اقبضه ، فانه لا يصدق في عدم القبض في قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى وصل ام فصل صدقه المقر له في الجهة ام كذبه وقالا يصدق مطلقاً . ولو قال ابتعت منه شيئاً بالف درهم الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع . ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن هذا العبد وكان العبد في يد المقر فان صدقه المقر له فيما اقر لزمه الف درهم . وان قال المقر له هذا العبد عبدي وانما بعتك عبداً غيره واخذ العبد منه ، لا يلزمه شيء ولو قال العبد عبدك وانما بعتك عبداً غيره وقبضته ولي عليك الف درهم ثمنه فانه يلزمه الف درهم . ولو قال لفلان علي الف درهم من ثمن هذا

العبد الذي هو في يد المقر له فان اقر الطالب سلمه له وآخذه بالمال وان قال العبد عبدك لم ابعكه انما بعتك غيره ، فالمال لازم له . وان قال العبد عبدي ما بعتك فحكمه ان لا يلزم المقر شيء . ولو قال العبد عبدي ما بعته منك انما بعتك غيره يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه وهو الصحيح واذا تحالفا ، بطل المال وان كان العبد في يد ثالث ان صدقه المقر له وامكنه تسليمه ، لزمه المال والا فلا . ولو قال لفلان علي الف درهم ثمن خمر او خنزير يلزمه المال ولا يصدق في السبب اذا كذبه المدعي فيه وصل ذلك ام فصل . وكذا لو قال علي الف درهم من القمار وان صدقه الطالب في ذلك فانه لا يلزمه شيء في قولهم جميعاً . وكذا لو قال علي الف درهم حرام او ربا او زور او باطل ان صدقه المقر له فلا شيء عليه وان كذبه لزمه اه وتمامه فيها والتعليل يطلب من الزيلعي .

وفي الخانية رجل قال لغيره اخذت منك الفاً وديعة والفاً غصباً فضاعت الوديعة وهذه الالف الغصب وقال المقر له لا بل هلك الغصب وبقيت الوديعة كان القول قول المقر له باخذ هذه الالف ويغرم المقر الفاً اخرى . ولو قال المقر له بل غصبتني الالفين فالجواب كذلك اه .

وفي الهداية ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصباً فهو ضامن يعني ان القول قول المقر له مع يمينه فالمقر ضامن الا ان ينكل المقر له عن اليمين وان قال اعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن .

والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرأ به وهو الاذن والآخر ينكر فيكون القول له مع اليمين ، وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذاك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين . والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء .

فان قال قايل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه قلنا قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه . ولو اقتضى ذلك ، فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة ، عدم في غير موضعها . وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك وديعة ، وقال الآخر لا بل قرضاً حيث يكون القول للمقر ،

وان اقر بالاخذ ، لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا . وان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها لان المقر اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر . ولو قال آجرت دابتي هذه فلاناً فركبها وردها او قال آجرت ثوبي هذا فلاناً فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد القول قول الذي اخذ الدابة والثوب وهو القياس . وعلى هذا الخلاف الاعارة والاسكان . ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته . وقال فلان الثوب ثوبي ، فهو على هذا الخلاف في الصحيح .

وجه القياس ما بيناه في الوديعة . ووجه الاستحسان ، هو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدماً فيما وراء الضرورة فلا يكون اقراراً له باليد مطلقاً بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة فان المقصود من الوديعة الحفظ ، والحفظ لا يكون بدون اليد . والايداع اثبات اليد قصداً فيكون الاقرار به اقراراً باليد للمودع . ووجه آخر للاستحسان ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهة فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه كاللقطة — حتى لو قال اودعتها كان على هذا الاختلاف وهذا الذي ذكر في الاجارة واختيها — بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه ، واقرضته الفاً ثم اخذتها وانكر المقر له حيث يكون القول قوله ، لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه ، بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره . اما هاهنا فالمقبوض عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا . ولو اقر ان فلاناً زرع هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته باجر ، فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد وانما اقر بمجرد فعل منه . وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم

بقل قبضته منه لم يكن اقراراً باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه وقد يخيط ثوباً في يد المقر كذا هذا اهـ وفي الهداية وفي الزيلعي : لو اقر ان هذا اللبن، او هذا السمن، او هذا الجبن من بقرة فلان، او هذا الصوف من غنمه، او هذا التمر من نخله وادعى فلان انه له ، امر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشيء اقرار بما يتولد منه لانه يملك بملك الاصل اهـ .

المادة ١٥٨٢ ـ ✵ طلب الصلح عن مال يكون اقراراً بذلك المال واما طلب الصلح عن دعوى مال فلا يكون اقراراً بذلك المال فاذا قال احد لآخر لي عليك الف اعطني اياه وقال المدعي عليه صالحني عن المبلغ المزبور بسبعماية يكون قد اقر بالالف المطلوب ولكن لو كان طلب الصلح بمجرد دفع المنازعة كما اذا قال صالحني عن دعوى هذا الالف بكذا فلا يكون قد اقر بالمبلغ المذكور ✵

عبارة التنوير مع شرحه قبيل فصل في دعوى الدين من كتاب الصلح هكذا: طلب الصلح والابراء عن الدعوى ، لا يكون اقراراً بالدعوى عند المتقدمين وخالفهم المتأخرون والاول اصح بزازية — بخلاف طلب الصلح عن المال والابراء عن المال فانه اقرار اشباه اهـ .

وقد ذكرها في الاشباه في كتاب الصلح من الفن الثاني وعللها بان الصلح عن الدعوى او الابراء عنها المقصود منه قطع النزاع فلا يفيد ثبوت الحق بخلاف طلب الصلح او الابراء عن الحق فانه يقتضي ثبوته وحينئذ يلزمه المدعى به اهـ . ونقل شارحها الحموي عن البزازية اذا صالحه من حقه فقد اقر بالحق والقول في بيان الحق له لانه المجمل وان صالح من دعوى الحق لم يكن اقراراً اهـ . والتقييد

بسبعماية في مثال هذه المادة اتفاقي اذ لو قال صالحني عن الألف او عن المدعى به كان اقراراً كما هو ظاهر

المادة ١٥٨٣ - ❋ اذا طلب احد شراء المال الذي في يد شخص آخر او استئجاره او استعارته او قال هبني اياه او اودعني اياه او قال لآخر خذه وديعة وقبل ذلك يكون قد اقر بعدم كون المال له ❋

قال الخير الرملي في حواشيه على الفصولين و كذا الاسترهان بان قال ارهنه عندي وهي واقعة الفتوى لانه اقرار بانه لا ملك له فيه اذ الشخص لا يرتهن ملك نفسه ومثله الاقتسام وهي واقعة الفتوى ايضاً اه . واقتصار هذه المادة على افادة كون هذه الافعال اقراراً بعدم الملك لفاعلها يشير الى اختيارانها لا تكون اقراراً بالملك لذي اليد وهذه رواية الزيادات قال الرملي في حاشيته المذكورة والحاصل ان كون هذه الاشياء اقراراً بنفي ملكه هو باتفاق الروايات فلا تسمع دعواه بها لنفسه اتفاقاً وفي كونها اقراراً بالملك لذي اليد اختلاف فمن يقول انه اقرار به لا تسمع دعواه ايضاً لغيره بوكالة او وصاية او ولاية ومن لا يقول به يقول تسمع دعواه لغيره اه ونقل في رد المحتار عن السايحاني عن الانقروي ان الاكثر على تصحيح ما في الزيادات وانه ظاهر الرواية قال فيفتى به لانه ترجح بكونه ظاهر الرواية وان اختلف التصحيح اه . وعن هذا اشارت هذه المادة الى اختياره قال في رد المحتار والاستشراء من غير المدعى عليه كالاستشراء من المدعى عليه في كونه اقراراً بانه لا ملك للمدعي حتى لو برهن يكون دفعاً قال في جامع الفصولين بعد نقله عن الصغرى اقول : ينبغي ان يكون الاستيداع - و كذا الاستيهاب ونحوه كالاستشراء اه . ولا فرق بين ان يكون ذلك الغير وكيلاً عن ذي اليد او اجنبياً .

اقول : وقوله يكون دفعاً اي اذا كان يدعيه لنفسه كما هو ظاهر وفي جامع الفصولين قال له ادفع الي هذا الدار اسكنه او قال اعطني هذا الثوب البسه او

هذا الفرس اركبه فابى ان يدفع ثم ادعاه لنفسه تسمع ولو قال اسكني هذه الدار الدار او اعرني هذا ثم ادعاه لنفسه لا تسمع اه اي لان طلب الدفع والاعطاء لا يكون استعارة بخلاف طلب الاسكان او الاعارة . وفيه ادعى انه له فاراد ذو اليد ابطال دعواه فقال للمدعي خذه وديعة الى الغد فاخذه المدعي بطلت دعواه، لان قبول الوديعة ، اقرار انه لا ملك له وينبغي ان لا تبطل دعواه لان قبول الوديعة يدل على عدم الملك دلالة وقد ادعى صريحاً انه ملكه والدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها اه

قلت : وقد يؤيد هذا ما في شرح الحموي على الاشباه حيث قال قوله الاستئجار اقرار بعدم الملك قيل عليه يجب تقييده بما اذا لم يكن ملكه فيه ظاهراً فانهم صرحوا بان الراهن اذا استأجر الرهن او البائع وفاء اذا استأجر المبيع لا يصح وهو كالصريح في عدم كون الاستئجار اقراراً بعدم الملك اه وفي الفصولين ايضاً ادعى عليه كرماً فبرهن المدعى عليه ان المدعي آجر نفسه مني ليعمل في الكرم اي المدعي به او اخذ الارض مزارعة تندفع ويكون اقراراً بان لا ملك للمدعي فيه اه .

ثم قال بعد مسائل الحاصل من جملة ما مر ان المدعي لو صدر عنه ما يدل على ان المدعى ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه ولغيره للتناقض ولو صدر عنه ما يدل على عدم ملكه ولا يدل على ملك المدعى عليه بطل دعواه لنفسه لا لغيره لانه اقرار بعدم ملكه ، لا بملك المدعى عليه ولو صدر عنه ما يحتمل الاقرار بملك المدعى عليه وعدمه فالترجيح بالقراين والا فلا يكون اقراراً بالشك . واقول وعلى هذا لو غصب رجل عيناً له وخاف تلفه فعجز عن وصوله اليه في ذلك الوقت الا بحيلة الاستيداع او نحوه ففعل ثم ادعاه ووفق بما مر ينبغي ان يسمع اه .

هذا ونقل الشارح اللبناني عن الهندية ما نصه : اعلم ان الاستيام اقرار ضمناً لا قصداً وليس هو كالاقرار صريحاً بان العين ملك ذي اليد والتفاوت يظهر فيما اذا وصلت العين الى يد المقر بعد الاقرار فانه يؤمر بردها الى المقر له في فصل الاقرار الصريح ولا يؤمر في فصل المساومة . بيانه اشترى متاعاً من انسان وقبضه ثم ان ابا المشتري استحقه بالبرهان من ابنه المشتري واخذه ثم مات الاب وورثه الابن المشتري لا يؤمر برده الى البائع ويرجع بالثمن على البائع ويكون المتاع في يد المشتري هذا بالارث ولو اقر عند البيع بانه ملك البائع ثم استحقه

ابوه من يده ثم مات الاب وورثه الابن المشتري لا يرجع على البائع لانه في يده بناء على زعمه بحكم الشراء لما تقرر ان القضاء للمستحق لا يوجب فسخ البيع قبل الرجوع بالثمن اه . ومثله في رد المحتار عن البزازية

اقول قوله لا يرجع على البائع لانه في يده الخ يخالفه ما سنذكره في شرح المادة ١٥٨٧ عن الاشباه معزياً للخلاصة من ان له الرجوع على بائعه وان اقر انه للبائع اه . ويمكن ان يحمل ما هنا على ما اذا لم يامره الحاكم بالرجوع بالثمن وبقي المبيع في يده الى ما بعد موت الاب يرشد الى هذا قوله لانه في يده بناء على زعمه الخ وكذا تعليل الفصولين الآتي هناك لمسئلة الخلاصة بان الرجوع بالثمن مقتضى الشراء الى آخر ما سنذكره فتدبره ملياً

واقول ايضاً ان التنبيه على التفاوت المذكور انما يحتاج اليه على القول بان الاستشراء ونحوه اقرار بان المشري ملك البائع واما على رواية الزيادات الذي هو ظاهر الرواية واشارت المجلة الى اختياره من انه ليس اقراراً بملك البائع وانما هو اقرار بان لا ملك فيه للمشتري فلا حاجة اليه كما لا يخفى

﴿ تنبيه ﴾

قال في التنوير وكذا الاستيام والاستيداع والاستعارة والاستيهاب والاستئجار ولو من وكيل اه . يعني كل ذلك اقرار — فزعم الشارح اللبناني ان المراد وكيل ذي اليد وهو خطأ لان الاستيام ونحوه من غير ذي اليد وان كان غير وكيل، اقرار بنفي الملك عن نفسه كما قدمناه آنفاً وانما المراد وكيل المدعي بالخصومة فانه محل للتوهم

قال في الانقروية في الفصل الثاني عشر في التناقض من كتاب الدعوى عازياً الى العتابية : الوكيل بالخصومة في عبد اذا ادعى العبد فاقام المدعى عليه بينة ان الوكيل ساوم هذا العبد منه في مجلس القضاء بطلت خصومة الوكيل والموكل جميعاً ولو اثبت بالبينة انه ساومه في غير مجلس القضاء بطلت خصومة الوكيل دون الموكل . ولو وصل العبد الى الموكل يوماً لا يؤمر بالدفع الى المدعى عليه وكذلك لو اقام المدعي عليه البينة ان الوكيل استعاره او استوهبه او

استودعه منه فالجواب ما قلنا . ولو وكله بالخصومة واستثنى اقراره ثم ثبتت مساومته في مجلس القضاء ، بطلت خصومته دون خصومة الموكل اه

﴿ تنبيه ﴾

آخر ما ذكر في الدر وحواشيه معزياً للشرنبلالي موفقاً بين روايتي الجامع والزيادات انه لو قال بعني او هبني او آجرني هذا يكون اقراراً بالملك لذي اليد فلا تسمع الدعوى بعده لنفسه ولا لغيره اخذاً برواية الجامع . وان قال اتبيع ، او هل انت بايع لا يكون كذلك بل يكون اقراراً بنفي الملك عن نفسه اخذا برواية الزيادات التي هي ظاهر الرواية فتسمع الدعوى بها لغيره لا لنفسه . قالوا لانه حينئذ لا يكون اقراراً بل استفهاماً لانه يحتمل ان يقصد بذلك استظهار حاله هل يدعي الملكية وجواز البيع له اولا ، او يكون مراده طلب اشهاد على اقراره بارادته بيع ملك القايل فيلزمه به بعد ذلك اه ملخصاً

اقول وفيه ان هذا التعليل يقتضي ان قوله اتبيع او هل انت بايع هذا لا يكون اقراراً اصلاً لا بنفي الملك عن نفسه ولا بكونه ملك ذي اليد وهو الذي يظهر لان كونه اقراراً لا يثبت بالشك نعم لو قال هل تبيعني هذا او تبيع مني هذا يكون اقراراً بنفي الملك عن نفسه فقط وقد علمت ان المجلة قد اختارت رواية الزيادات من ان المساومة ونحوها ليس الا اقراراً بنفي الملك عن نفسه فلا حاجة الى جميع ما ذكر .

﴿ فروع مهمة ﴾

ساوم ثوباً ثم ادعى انه كان له قبل المساومة او كان لابيه يوم مات قبل ذلك وتركه ميراثاً ، لا تسمع . اما لو قال كان لابي وكلك بالبيع فساومته ولم يتفق البيع ، يسمع ولو ادعاه ابوه يسمع ايضاً — وكذا لو قال قضي لابي ومات قبل القبض وتركه ميراثاً لي يسمع ايضاً ، وان لم يقض للاب حتى مات وتركه ميراثاً ، لا يقضي لان دوام الخصومة شرط ولا يمكن لانه لا يصلح خصماً بعد المساومة . وعلى هذا لو ادعي رجل شراء ثوب وشهدا له بالشراء من المدعي

عليه وقضى اولا ثم زعم احد الشاهدين ان الثوب له او لابيه وورثه هو عنه ، لا يسمع دعواه لما قلنا · ولو قال عند الشهادة هذا الثوب باعه منه هذا لكنه لي اولابي ورثته عنه ، يقضي بالبيع ويسمع دعوى الشاهد فاذا برهن على مدعاه قضي له لانعدام التناقض · ولو قال قولاً ولم يؤد بها الشهادة ثم ادعاه لنفسه او انه لابيه وكله بالطلب ، يقبل — وكذا اذا شهد بالاستئجار او الاستيداع او الاستيهاب او الاستعارة من المدعي بطل دعواه لنفسه او لغيره وسواء طلب تحقيق هذه العقود المدعي من المدعى عليه او غيره · ولو ساوم ثم ادعاه مع آخر يقبل في نصيب الآخر ولا يقبل في نصيب المساوم · ومساومة الابن لا تمنع دعوى الاب لكن بعد موت الاب لا يملك الدعوى وان كان الاب ادعاه وقضى له به اخذه الابن بقبل القضاء لا لما مر آنفاً ، ولو برهن · وفي الاقضية ساوم ولد جارية او زرع ارض او ثمرة نخلة ثم برهن على ان الاصل ملكه ، تقبل · وان ادعى الفرع مع الاصل يقبل في حق الاصل لا الفرع — فعلى هذا لو ادعى شجراً فقال المدعى عليه ساومني ثمره او اشترى مني لا يكون دفعاً لجواز ان يكون الشجر له والثمر لغيره · وفي الخزانة ادعى عليه شيئاً فقال اشتريته من فلان واجزت البيع لا يكون دفعاً لان الانسان قد يجيز بيع الغير ملك الغير · وفي المحيط برهن على ان هذا الكرم له فبرهن المدعي عليه انه كان آجر منه نفسه في عمل هذا الكرم يندفع تكملة عن البزازية ·

شراؤه امة متنقبة ، اقرار بالملك للبائع · والضابط كما في البزازية ان الشيء ان كان مما يعرف وقت المساومة كالجارية القائمة المتنقبة بين يديه ، لا يقبل الا اذا صدقه المدعى عليه في عدم معرفته اياها فيقبل وان كان مما لا يعرف كثوب في منديل او جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء ، يقبل · والثوب في الجراب كهو في المنديل كما في الفواكه البدرية خلافاً لما في التنوير · والضابط المذكور مؤيد لما في الفواكه افاده في التكملة · قال لي عليك الف فقال اتزنه او انتقده او اجلني به او قضيتك اياه او ابرأتني منه او تصدقت به علي او وهبته لي او احلتك به على زيد ونحو ذلك كاحل به غرمائك او من شئت منهم او خذها او تناولها ، فهو اقرار له بها لرجوع الضمير اليها في كل ذلك فكان جواباً ·

وهذا اذا لم يكن على سبيل الاستهزاء فان كان وشهد الشهود لم يلزمه شيء .
اما لو ادعى الاستهزاء لم يصدق ويستدل عليه بالقراين . وبلا ضمير مثل اتزن الخ ،
وكذا تتحاسب او ما استقرضت من احد سواك او غيرك او بعدك لا يكون
اقراراً لعدم انصرافه الى المذكور فكان كلاماً مبتدأ .

والاصل ان كل ما يصلح جواباً لا ابتداء يجعل جواباً وما يصلح للابتداء لا
للبناء او يصلح لهما يجعل ابتداء لئلا يلزمه المال بالشك اختيار . وهذا اذا كان
الجواب مستقلاً فلو غير مستقل كقوله نعم كان اقراراً مطلقاً حتى لو قال اعطني
ثوب عبدي هذا او افتح لي باب داري او جصص لي داري هذه او اسرج دابتي
هذه او اعطني سرجها او لجامها فقال نعم كان اقراراً منه بالعبد والدار
والدابة كافي كذا في الدر وحواشيه وتمامه فيهما .

المادة ١٥٨٤ – ✻ الاقرار المعلق بالشرط باطل ولكن
اذا علق بزمان صالح لحلول الاجل في عرف الناس يحمل على
اقراره بالدين المؤجل مثلاً لو قال احد لآخر اذا وصلت المحل
الفلاني وقضيت مصلحتي الفلانية فاني مديون لك بكذا يكون
اقراره هذا باطلا ولا يلزمه تأدية المبلغ المزبور ولكن اذا قال ان
اتى ابتداء الشهر الفلاني او يوم قاسم فاني مديون لك بكذا يحمل
على الاقرار بالدين المؤجل ويلزم عليه تادية المبلغ عند حلول ذلك
الوقت راجع المادة ٤٠ ✻

وهي القايلة ان الحقيقة تترك بدلالة العادة . وتوضيحه ان قول الرجل ان
اتى ابتداء الشهر الفلاني الخ حقيقة اقرار معلق بالشرط فكان القياس ان لا
يصح لان الاقرار كما تقدم اخبار عما هو ثابت في الماضي فلا يحتمل التعليق –

لكن العرف جار بان يراد بمثل هـذا التعليق الاخبار عن محل الاجل فتركت الحقيقة في كلام المقر وحمل على ما جرت به العادة ·

وعبارة الهداية مع زيادة من شروحها ومن اقر بحق وقال ان شاء الله متصلاً باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك امالان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه اخبار عما سبق · والتعليق انما يكون بالنسبة الى المستقبل وبينهما منافاة واما لانه شرط لا يوقف عليه · والتعليق بما لا يوقف عليه غير صحيح لانه يكون اعداماً من الاصل · وكذا كل اقرار علق بالشرط او الخطر نحو قوله لفلان على الف ان شاء فلان فقال فلان قد شئت او ان دخلت الدار او ان امطرت السماء اوان هبت الريح او ان قضى الله تعالى ، او ان اراده او رضيه او قدره او يسره او ان بشرت بولد ، او ان اصبت مالاً ، او ان كان كذلك ، او ان كان حقاً ، فهذا كله مبطل للاقرار اذا وصله بالكلام للمعنى الذي ذكرنا بخلاف ما اذا قال لفلان علي الف درهم اذا مت او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة وذلك من حيث العرف لان الناس يعتادون بذكر هذه الاشياء محل آجال فحسب لان الدين المؤجل يصير حالاً بالموت ومجيء رأس الشهر والفطر من آجال الناس فتركت الحقيقة للعرف فيكون تاجيلاً اي دعوى الاجل الى الاوقات المذكورة لا تعليقاً حتى لو كذبه المقر له في الاجل ، يكون المال حالاً ، لان دعوى الاجل من المقر غير مقبولة عندنا الا ان يثبته بالبينة او يصدقه المقر له اه

فظهر بهذا ان ما صرحت به هذه المادة من انه يلزم عليه اي على المقر تأدية المبلغ عند حلول ذلك الوقت محمول على ما اذا صدقه المقر له على الاجل او اثبته المقر بالبينة ·

وفي الجوهرة وان قال لفلان علي الف ان مت فالالف لازمة ان عاش او مات لانه اقر وذكر اجلاً مجهولاً فيصح اقراره ويبطل الاجل اه · وانما كان التعليق على الموت تاجيلاً لان الموت كاين لا محالة والتعليق على ما هو كاين لا محالة لغو يصان عنه كلام العاقل فحمل كلامه على الاقرار بمال مؤجل الى وقت الموت وهو مجهول فصح الاقرار وبطل الاجل

وفي الهندية عن المبسوط : ولو قال له علي الف درهم الا ان يبدو لي او الا ان ارى غير ذلك فالاقرار باطل سواء بداله او مات قبل ان يبدو له او رأى غير ذلك اه .

وفيها عن المنتقى عن ابي يوسف رحمه الله تعالى : اذا قال اذا قدم فلان او قال ان قدم فلان فله علي الف درهم فهذا باطل ولو قال لك علي الف درهم اذا قدم فلان فهذا جائز اذا كان الطالب يدعي ان له على القادم الف درهم وانه كفل لي بما عليه اذا قدم كذا في المحيط اه اقول مفهومه انه لو قدم قوله اذا قدم فلان او اتى بان الشرطية لا يجوز الاقرار وان كان الطالب يدعي عليه ما ذكر وهو الظاهر . وفي التكملة عن البحر : ولو قال المدعي عليه ان حلفت انها لك دفعتها فحلف المدعي ودفع المدعى عليه الدراهم ان كان دفع له بحكم الشرط فهو باطل وللدافع ان يسترد اه

تنبيه

التمثيل الواقع في هذه المادة بما لو قال احد لاخر اذا وصلت المحل الفلاني وقضيت المصلحة الفلانية الخ مشكل لان الظاهر ان هذا استئجار فان بين العمل او وقت وجب له اي للعامل المسمى والا وجب اجر المثل لفساد الاجارة ففي الهندية عن المبسوط ولو قال له علي الف درهم ان حمل متاعي الى منزلي بالبصرة ففعل ذلك وقد كان حاضراً يسمع هذه المقالة فهو جايز والمال واجب . وكذلك لو قال لك علي الف درهم ان حملت هذا المتاع الى بيتي فهو استئجار اه .

ويمكن ان يقال المراد من هذا المثال ان المقر له اذا لم يعمل شيئاً لا يجب له شيء على المقر بناء على ان قوله هذا اقرار وهذا لا ينافي انه استئجار فتدبر .

فروع

لو قال لفلان علي الف درهم فيما اعلم او في علمي او فيما علمت قال ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى هذا باطل كله وقال ابو يوسف هو اقرار

صحيح واجمعوا على انه لو قال علمت ان لفلان علي الف درهم او قال لفلان علي درهم وقد علمت ذلك ان ذلك اقرار ٠ ولو قال له علي الف درهم فيما اظن او فيما ظننت او فيما احسب او فيما حسبت او فيما ارى او فيما رأيت فهو باطل ٠ ولو قال له علي الف درهم في شهادة فلان او في علم فلان لا يلزمه شيء ٠ ولو قال بشهادة فلان او بعلم فلان كان اقراراً لان حرف الباء للالصاق فيقتضي وجود الملصق به ٠ ولو قال في قول فلان او بقوله او في حساب فلان او بحسابه او في كتاب فلان او بكتابه ، لا يلزمه شيء خانية وهندية وتمامه فيهما اقر بشيء على انه بالخيار ثلاثة ايام لزمه بلا خيار ، لان الاقرار اخبار فلا يقبل الخيار ، وان صدقه المقر له في الخيار ، لم يعتبر تصديقه الا اذا اقر بعقد بيع اي اقر بدين لزمه بسبب عقد بيع وقع بالخيار له فيصح باعتبار العقد اذا صدقه المقر له او اقام عليه بينة — وكذا اذا اقر بدين بسبب كفالة على انه بالخيار في مدة ولو طويلة فانه يصح اذا صدقه لان الكفالة عقد ايضاً — كذا في الدر وحواشيه وقوله ولو طويلة هذا في الكفالة متفق عليه لانها عقد تبرع ٠ واما في البيع فهو على قولهما الذي مشت عليه المجلة في المادة ٣٠٠ ٠ وهذا اذا كان الخيار من جانب المقر فان كان من جانب المقر له فالمقر له اذا لم يصدق المقر في الخيار ، لا يثبت له الخيار ٠ وان صدقه قالوا ينبغي ان لا يثبت له الخيار ٠ ثم اذا كذبه فاراد هو ان يقيم بينته على الخيار ، قالوا ويجب ان لا تسمع بينته هندية ملخصاً ٠

المادة ١٥٨٥ — ❊ الاقرار بالمشاع صحيح فاذا اقر احد لآخر بحصته شايعة من ملك العقار الذي في يده كالنصف او الثلث وصدقه المقر له ثم توفي المقر قبل الافراز والتسليم فلا يكون شيوع المقر به مانعاً لصحة هذا القرار ❊

وان كان الشيوع فيما يقبل القسمة لما تقرر ان الاقرار اخبار ولو كان

انشاء لكان هبة وهبة المشاع القابل للقسمة ، لا تتم قبل القسمة والتسليم . وفي الخانية ولو قال ثلث هذه الدار لفلان يكون اقراراً اه

وفي الهندية عن المحيط : اذا قال لفلان جزء من داري فاليه البيان وله ان يقر بما شاء و كذلك الشقص والنصيب والطايفة والقطعة . واما السهم فهو عند ابي حنيفة السدس وعندهما يؤمر بالبيان اه . ثم ان التقييد بقوله وصدقه المقر له ، اتفاقي او للاحتراز عما اذا رده لما تقدم من ان الاقرار لا يتوقف على القبول لكنه يرتد بالرد .

المادة ١٥٨٦ — ﴿ اقرار الاخرس باشارته المعهودة معتبر ولكن اقرار الناطق باشارته لا يعتبر مثلاً لو قال احد للناطق هل لفلان عليك كذا دراهم فلا يكون قد اقر بذلك الحق اذا خفض رأسه ﴾

الاشارة من الاخرس معتبرة وقايمة مقام العبارة في كل شيء من بيع واجارة وهبة ورهن ونكاح وطلاق وعتاق وابراء واقرار وقصاص — الا في الحدود والشهادة فلا تقبل شهادته في حادثة ما و كتابة الاخرس كاشارته واختلفوا في ان عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالاشارة اولا والمعتمد لا . ولا بد في اشارة الاخرس من ان تكون معهودة والالا تعتبر واما اشارة غير الاخرس — فان معتقل اللسان لمرض او فالج ، ففيه اختلاف والفتوى على انه ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة والاشهاد عليه ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف . وان لم يكن معتقل اللسان لم تعتبر اشارته مطلقاً الا في اربع الكفر والاسلام والنسب والافتاء اشباه من احكام الاشارة من الفن الثالث ملخصاً

وذكر في رد المحتار انه يشترط ان يكون القاضي عالماً باشارة الاخرس

والا فيجب ان يستخبر عمن يعرفها من اصدقائه وجيرانه واخوانه فيترجم له حتى يحيط علماً بذلك وينبغي ان يكون المترجم عدلاً مقبول القول وتعتبر اشارة الاخرس ولو كان مقتدراً على الكتابة وهو المعتمد لان كلاً منها حجة ضرورية اهـ.

- الباب الثالث -

﴿ في بيان احكام الاقرار وفيه فصول ﴾

- الفصل الاول -

﴿ في بيان الاحكام العمومية ﴾

المادة ١٥٨٧ - ﴿ يلزم الرجل باقراره بموجب المادة التاسعة والسبعين ولكن اذا كذب بحكم الحاكم فلا يبقى لاقراره حكم وهو انه اذا ظهر مستحق وادعى الشيء الذي اشتراه احد وكان في يده وعند المحاكمة قال ذو اليد هذا كان مال فلان باعني اياه واثبت المستحق دعواه وحكم الحاكم بذلك يرجع ذو اليد على البائع ويسترد ثمن المبيع منه وان كان قد اقر حين المحاكمة بكون ذلك الشيء مال البائع وانكر دعوى المستحق لان اقراره كذب بحكم الحاكم ولم يبق له حكم فلا يكون مانعاً للرجوع

هذا بالنسبة الى الرجوع بالثمن واما بالنسبة الى تسليم عين المبيع لو وصل الى

يده بوجه من الوجوه فلا بل حكم الاقرار باق . قال في الاشباه من كتاب الاقرار من الفن الثاني : المقر اذا صار مكذباً شرعاً بطل اقراره فلوادعى المشتري الشراء بالف والبائع بالفين واقام البينة فان الشفيع ياخذهـا بالفين لان القاضي كذب المشتري في اقراره وكذا اذا اقر المشتري بان المبيع للبائع . ثم استحق من يد المشتري بالبينة بالقضاء له الرجوع بالثمن على بايعه وان اقر انه للبائع كذا في قضاء الخلاصة ومنه ما في الجامع ادعي عليه كفالة معينة فانكر فبرهن المدعي وقضي على الكفيل كان له الرجوع على المدبون اذا كان بامره

وخرج من هذا الاصل مسئلتان في قضاء الخلاصة يجمعهما ان القاضي اذا قضى باستصحاب المال لا يكون تكذيباً له

الاولى لو اقر المشتري ان البائع اعتق العبد قبل البيع وكذبه البائع فقضى بالثمن على المشتري لم يبطل اقراره بالعتق حتى يعتق عليه

الثانيـة اذا ادعى المدبون الايفاء او الابراء على رب الدين فجحد وحلف وقضى له بالدين لم يصر الغريم مكذباً حتى لو وجدت بينة تقبل . وزدت مسائل الاولى اقر المشتري بالملك للبائع صريحاً . ثم استحق ببينة ورجع بالثمن لم يبطل اقراره فلو عاد اليه يوماً من الدهر فانه يومر بالتسليم اليه الخ اه .

وفي الدر من باب الاستحقاق عن القنية لو اقر بالملك للبايع ثم استحق من يده ورجع ، لم يبطل اقراره فلو وصل اليه بسبب ما ، امر بتسليمه اليه — بخلاف ما اذا لم يقر صريحاً فانه محتمل بخلاف النص اه يعني بخلاف ما اذا كان اقراره ضمنياً فانه كما لايمنعه من الرجوع بالثمن ، لا يوجب عليه تسليم عين المبيع للبائع لو وصل اليه .

والحاصـل ان الاقرار الضمني كالشراء والمساومة والاستيهاب والاستيداع وغيرها مما تقدم في المادة ١٠٨٣ و شرحها اذا كذب بحكم الحاكم يبطل مطلقاً فلا يكون مانعاً من الرجوع بالثمن ولا يوجب على المقر رد عين المبيع لو وصـل اليه لانه وان كان اقراراً بالملك على رواية الجامع — الا انه محتمل بخلاف النص يعني الاقرار الصريح اذا كذب بحكم الحاكم فانه لا يمنع من الرجوع من الثمن لان الرجوع به مقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الاقرار هكذا

عال في جامع الفصولين . ولكنه يوجب رد عين المبيع للبائع اذا وصل اليه يوماً من الدهر لان رد العين مقتضى اقرار المشتري صريحاً بانه ملكه وهـذا لم ينفسخ بالاستحقاق فيبقي حكمه هكذا ينبغي تحقيق المحل ، والحمد لله على توفيقه وسيأتي لهذه المسئلة ذكر في شرح المادة (١٦٥٤)

المادة ١٥٨٨ — ✵ لا يصح الرجوع عن الاقرار في حقوق العباد وهو انه اذا اقر احد لاخر بقوله لفلان عليَّ كذا ديناً ثم رجع عن اقراره فلا يعتبر رجوعه ويلزم باقراره ✵

لانه يثبت الملك للمقر بالمقر به بمجرد الاقرار كما تقدم فلا يملك ابطاله بالرجوع وهذا لان الاقرار حجة على المقر كما دل عليه الكتاب والسنة والاجماع ونوع من المعقول قال الله تعالى (وليملل الذي عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً) امر الله باملاء من عليه الحق فلولم يلزمه بالاملاء او كان يملك الرجوع عنه لما امر به والاملاء لا يتحقق الا بالاقرار وقوله تعالى اقررتم واخذتم على ذلكم اصري قالوا اقررنا فانه طلب منهم الاقرار ولولم يكن الاقرار حجة لما طلبه وتمامه في الهداية وشروحها . وهذا بخلاف الاقرار بما يوجب عليه حداً من الحدود التي هي حقوق الله تعالى فانه يصح لان الحدود تدرأ بالشبهات . ومما يتفرع على عدم صحة الرجوع عن الاقرار، مافي الهندية اذا قال لفلان عليَّ الف لا بل خمسمائة فعليه الف . ولو قال له عليَّ درهم ابيض لا بل اسود فعليه افضلهما . و كذلك الجيد والرديء .

والاصل ان كلمة لا بل اذا دخلت بين مقدارين فان كان المقر له اثنين ، لزمه المالان جميعاً اتحد الجنس او اختلف وان كان المقر له واحداً — ان كان الجنس مختلفاً ، لزمه المالان جميعاً ايضاً وان كان الجنس متحداً لزمه اكثر المالين وافضلهما . فلو قال لفلان عليَّ كذا دقيق رديء لا بل من حواري ، فهو حواري . ولو قال لفلان علي دقيق حواري لا بل خشكار ، لزمه الحواري ولو

قال كر حنطة لا بل كر دقيق لزمه الكران . وكذا لو قال له علي رطل من سمن الغنم لا بل من سمن البقر ، فعليه الرطلان . ولو قال لفلان علي الف درهم لا بل لفلان لزمه المالان . ولو قال لفلان علي الف درهم ثمن جارية باعنيها لا بل باعنيها فلان بألف درهم فعليه لكل واحد منهما الف درهم الا ان يقر الثاني انهما للاول فيكون عليه الف واحد للاول استحساناً . ولو قال هذا العبد لفلان ثم قال لفلان ، يقضى للاول فان دفع للاول بغير قضاء ، ضمن قيمته للآخر وان دفع بقضاء لا يضمن . ولو قال غصبت هذا العبد من فلان لا بل من فلان ، فالعبد للاول وللثاني قيمته سواء دفعه للاول بقضاء او بغير قضاء . وكذلك الوديعة والعارية وهو قول محمد . فاما عند ابي يوسف في الوديعة والعارية ان دفع الاول بقضاء القاضي لم يضمن للثاني شيئاً وان دفع بغير قضاء ، فهو ضامن للثاني اه . ولو قال غصبنا الفاً من فلان ثم قال كنا عشرة انفس مثلاً وادعى المغصوب منه انه هو وحده غصبها ، لزمه الالف كلها ، لان هذا الضمير يستعمل في الواحد . والظاهر انه يخبر بفعله دون غيره فيكون قوله كنا عشرة ، رجوعاً فلا يصح نعم لو قال غصبناه كلنا صح اتفاقاً لانه لا يستعمل في الواحد . ومثله لو قال اقرضنا او اودعنا او له علينا او اعارنا . ولو قال رجل اوصى ابي بثلث ماله لزيد بل لعمرو وبل لبكر فالثلث للاول وليس لغيره شيء لان نفاذ الوصية في الثلث وقد اقر به للاول فاستحقه فلم يصح رجوعه بعد ذلك للثاني لنفاذه من الكل . ولو اقر بشيء ثم ادعى الخطأ لم يقبل الا اذا اقر بالطلاق بناء على افتاء المفتي ثم تبين عدم الوقوع لم يقع يعني ديانة اما بين يدي القاضي فلا يصدق في البناء المذكور اه ملخصاً من الدر وحواشيه في مسائل شتى الاقرار . وفيه من الاستثناء وان قال له علي الف من ثمن عبد ماقبضته موصولاً باقراره وعين العبد وهو في يد المقر له فان سلمه الى المقر لزمه الالف والا لا لانه اقر له بالعبد على صفة فاذا لم توجد الصفة التي اقر بها ، لا يلزمه وان لم يعين العبد لزمه الالف مطلقاً وصل ام فصل ، لان الصدر موجب وانكار قبض مبيع غير معين ينافيه فيكون قوله ما قبضته ، لغواً لانه رجوع كما لو قال له علي الف من ثمن خنزير او خمر او حر او ميتة او دم او من قمار فيلزمه مطلقاً وان وصل لانه رجوع

الا اذا صدقه او اقام بينة فلا يلزمه ولو قال له علي الف درهم حرام او ربا فهي لازمة مطلقاً وصل ام فصل، لاحتمال حله عند غيره كما اذا باع ما اشتراه قبل قبضه من بايعه بثمن اقل مما اشتراه بـه فالزيادة هذه عندنا حرام او ربا وعند الشافعي يجوز وليس زيادة احد الثمنين حراماً ولا ربا . ولو قال له علي الف زوراً او باطلا لزمه ان كذبه المقر له والا بان صدقه لا يلزمه . والاقرار بالبيع تلجئة على هذا التفصيل ان كذبه لزم البيع والا لا ولو قال علي الف درهم زيوف ولم يذكر السبب كثمن مبيع او غصب او وديعة فهي كما قال على الاصح . ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قرض وهي زيوف مثلاً لم يصدق مطلقاً وصل ام فصل بل يلزمه الجياد لان العقد يقتضيها فدعوى الزيف رجوع عما اقر به بخلاف ما اذا قال الا انها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولاً لا مفصولاً لانه استثنى القدر فصار مغيراً فيصح بشرط الوصل . ولو قال له علي كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا انها رديئة يقبل موصولاً ومفصولاً لان الردائة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها بخلاف الجودة . ولو قال علي الف من غصب او وديعة الا انها زيوف او نبهرجة، صدق مطلقاً وصل ام فصل لان الغصب والوديعة لا يقتضيان وصف السلامة من العيوب بهو قابض والقول للقابض اميناً كان او ضميناً اهـ. من الدر وحواشيه

واعلم ان الفقهاء عقدوا في كتاب الاقرار باباً للاستثناء وما في معناه جميع مسائله ترجع الى هذا الاصل وهو ان الرجوع عن الاقرار، باطل ولهذا اكتفت المجلة بهذه المادة عن ذكر تلك المسايل ولكن لا بأس من تلخيص ما ذكروا في ذلك الباب تفصيلاً لما اجمل في هذه المادة لتتم الفائدة فاقول : الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا بضم فسكون وفي آخره الف مقصورة بمعنى الاستثناء فيكون الاستثناء عندنا لبيان ان الصدر لم يتناول المستثنى وشرط فيه الاتصال بالمستثنى منه — الا لضرورة كنفس او سعال او اخذ فم . والنداء بينهما لا يضر لانه للتنبيه والتأكيد كقوله لك علي الف درهم يافلان الا مائة بخلاف لك علي الف فاشهدوا الا كذا ونحوه مما يعد فاصلاً فمن استثنى بعض ما اقر به صح استثناؤه سواء استثنى الاقل او الاكثر فلو قال لفلان علي الف الا تسعماية وخمسين درهما فان الاستثناء

يصح ويكون مقراً بخمسين درهماً وهذا عندنا ، وقال مالك وابو يوسف في غير رواية الاصول وعليه الفراء من النحويين لا يصح استثناء الا كثر ويلزمه الالف فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء لما قلنا من انه تكلم بالحاصل ولا حاصل بعده فيكون رجوعاً . والرجوع عن الاقرار في حقوق العباد ، باطل ، وان كان موصولاً . وكذا الحكم لو استثنى اكثر من الالف بالاولى . وقيل ان الاستثناء المستغرق باطل وليس برجوع لانهم قالوا في الموصي اذا استثنى جميع ما اوصى به بطل الاستثناء والوصية صحيحة ولو كان رجوعاً لبطلت الوصية ، لان الرجوع فيها جائز وهذا اي بطلان استثناء المستغرق اذا كان من جنس لفظا المستثنى منه اي بعينه او بمساويه فالاول كنسائي طوالق الا نسائي وعبيدي احرار الا عبيدي ، والثاني كنسائي طوالق الا زوجاتي وعبيدي احرار الا مماليكي . اما اذا كان من غير جنسه يصح الاستثناء وان اتى على جميع المستثنى منه نحو ان يقول نساي طوالق الا هؤلاء او الا زينب وعمرة وهند وليس له نساء الا هؤلاء يصح الاستثناء ولم تطلق واحدة منهن . وكذا لو قال عبيدي احرار الا هؤلاء او الا سالماً وغانماً وراشداً وليس له عبيد غير هؤلاء لم يعتق واحد منهم . وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان الا ثلث مالي بطل الاستثناء وكان للموصى له ثلث ماله . ولو قال اوصيت بثلث مالي الا الف درهم ومات ، وثلث ماله الف درهم ، صح الاستثناء وبطلت الوصية والفقه في هذا انه اذا اختلف اللفظ ، يتوهم بقاء شيء من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفي لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظاً لا تحقق ما دخل تحته لانه تصرف لفظي فتبنى على صحة اللفظ لا صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست طلقات الا اربعاً يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلاثاً الا اربعاً لما ذكرنا من صحة الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم اه ملخصاً من الدر وحواشيه والهداية وشروحها والزيلعي .

وفي الهندية : واستثناء خلاف الجنس لا يجوز قياساً وهو قول محمد . وفي

الاستحسان وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف ان كان بين المستثنى والمستثنى منه موافقة في الوجوب في الذمة في عقود التجارات بان كان كل واحد منهما يجب في عقود التجارات حالاً وموجلاً ، يصح الاستثناء حتى لو قال لفلان علي الف درهم الا ديناراً او قال الا كر حنطة او الا عشرة افلس كان الاستثناء جايزاً ويطرح قدر قيمة المستثنى من المستثنى منه . وان لم يكن بينهما موافقة فيما ذكر ان كان المستثنى منه يجب في الذمة في عقود التجارات حالاً وموجلاً والمستثنى لا يجب في الذمة في عقود التجارات اصلاً او كان يجب موجلاً لا حالاً ، لا يصح الاستثناء حتى لو قال لفلان علي الف درهم الا ثوباً ، او قال الا حيواناً او ما اشبه ذلك ، لا يصح الاستثناء اه . وقوله يصح الاستثناء يعني فيما اذا كان بين المستثنى والمستثنى منه موافقة في الوجوب في الذمة ، يشمل ما اذا كان قيمة المستثنى تستغرق ما اقر به — لكن في الشرنبلالية عن البزازية ان استثناء الدراهم من الدنانير وعكسه اذا كان مستغرقاً ، يبطل الاستثناء ويثبت المستثنى منه في ذمة المقر وعليه مشى في البحر وتبعه في التنوير معللاً بقوله لاستغراقه في المساوي وهو مخالف لما نقله في الشرنبلالية عن الجوهرة والذخيرة والينابيع ولهذا استدرك في الدر على ما في التنوير بما في الجوهرة وغيرها قال العلامة ابو السعود قلت ولا شك ان ما في الجوهرة اوجه لما سبق من ان بطلان الاستثناء المستغرق مقيد بما اذا كان بلفظه او بما يرادفه اه

قلت واطلاق عامة المتون التسوية في الحكم بين قفيز الحنطة وبين الدينار في استثنائهما من الدراهم ، موئيد لما في الذخيرة والينابيع وغيرها الا ترى ان القدوري لما قال في متنه : فان قال له علي مائة درهم الا ديناراً او الا قفيز حنطة لزمه المائة درهم الا قيمة الدينار والقفيز اه ، فرع عليه صاحب الجوهرة بقوله فيطرح عنه مما اقر به قيمة ذلك المستثنى . وان كانت قيمة المستثنى تأتي على جميع ما اقر به فلا يلزمه شيء اه وهكذا فعل قاضي زاده في تكملة الفتح شارحاً لقول الهداية الذي هو نص القدوري بعينه . وقد فرع قاضيخان على صحة استثناء الكيلي والوزني من المقدرات التي تثبت في الذمة من الدراهم والدنانير فقال : لو قال له دينار الا درهماً او الا قفيزاً او الا مائة جوزة صح ويطرح من المقدم قدر قيمة المستثنى فان كانت قيمته تأتي على جميع ما اقر به ، لا يلزمه شيء اه . وناهيك بقاضي خان قدوة .

واما قوله عقيب عبارته المارة : وان لم يكن المستثنى من جنس ما اقر به وليس له جنس من مثله كقوله دينار الا ثوبا او شاة لم يصح الاستثناء وان كان من جنسه صح الاستثناء في قولهم الا ان يستثنى جميع ما تكلم به فلا يصح الاستثناء اه ، فمحمول على ما اذا كان من جنسه والاستثناء بلفظه او بمساويه كقوله له علي الف دينار الا خمسماية وخمسماية فلا مخالفة بين اول كلامه وآخره كما افاده ابو السعود

ويدل على هذا قوله في قولهم اي جميعاً فان المتفق عليه هي مسئلة الاستثناء بلفظ المستثنى منه او بمساويه بخلاف مسئلتنا فانهما على قولها خلافاً لمحمد وزفر كما تقدم .

واما الفرع الذي ذكره البزازي كالدليل على ما زعمه كما نقله في الشرنبلالية وهو ما في هذا الكيس من الدراهم لفلان الا الفا ، ينظران فيها اكثر من الف فالزيادة للمقر له والالف للمقر وان الف او اقل فلكها للمقر له لعدم صحة الاستثناء اه ، فلا دليل فيه لان الاستثناء بلفظ المستثنى منه او بمساويه كما لا يخفى ثم اذا استثنى عددين بينهما حرف الشك كان الاقل هو المخرج نحو له علي الف درهم الا ماية درهم او خمسين درهما فيلزمه تسعماية وخمسون على الاصح ، لان الالف متيقنة الثبوت والخمسين متحققة الخروج وتمام المائة مشكوك في خروجها والمتيقن ثبوته لا يبطل بالمشكوك بخروجه وهو اتمام المائة بل بالمتيقن خروجه وهو خمسون وهذه رواية ابي سليمان وفي رواية ابي حفص يلزمه تسعماية فقط لما تقدم من ان الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا والباقي بعد الثنيا مشكوك فيه والاصل فراغ الذمة فلا يلزمه الزايد على التسعماية بالشك . واذا كان المستثنى مجهولاً ثبت الاكثر نحو له علي ماية درهم الا شيئاً او الا قليلاً او الا بعضاً لزمه احد وخمسون لوقوع الشك في المخرج فيحكم بخروج الاقل وهو ما دون النصف لان استثناء الشيء استثناء الاقل عرفاً فأوجبنا النصف وزيادة درهم لان ادنى ما يتحقق به القلة النقص عن النصف بدرهم كذا في الدر وحواشيه .

ولو قال له علي درهم الا رطل زيت او قربة ماء جاز اي الاستثناء فيعطى هذا درهماً الا قيمة رطل زيت او قربة ماء . ولو قال له علي عشرة ارطال زيت

الا رطل سمن كان الاستثناء باطلاً - وكذلك لو قال له علي عشرة ارطال سمن الا درهماً او علي كر حنطة الا خمسماية ارطال زيت هندبة . وذكر في الهداية وشروحها ومثله في عامة المتون وشروحها ، ان من اقر بدار واستثنى بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء والاستثناء لا يصح لان البناء داخل في هذا الاقرار معنىً وتبعاً وكل ما هو داخل في الشيء معنى لا يصح استثناؤه منه لان الاستثناء في الملفوظ . والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار لانها تدخل فيه تبعاً لا لفظاً - بخلاف ما لو قال هذه الدار لفلان الا ثلثها او الا بيتاً منها حيث يصح الاستثناء ويكون للمقر له ما عدا الثلث وما عدا البيت لان كل واحد من الثلث والبيت داخل في الصدر الذي هو الدار لفظاً ومقصوداً . ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة التي ليس فيها بناء فلما اعتبر في معناها الخلو عن البناء لم يتبعها البناء في الحكم فكانه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان - بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضاً كما اذا قال بناء هذه الدار لي والارض لفلان حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء بناء على ان الارض اصل والبناء تبع والاقرار بالاصل اقرار بالتبع فكان كالاقرار بالدار حيث يكون البناء ايضاً للمقر له وان استثناه لنفسه كما تقدم اه ملخصاً

وحاصله ان العرصة بالنسبة الى البناء او الى البيت ، غير فلا يدخلان فيها لا اصلاً ولا تبعاً فالاقرار بها اي بالعرصة لا يكون اقراراً بهما فاستثناؤهما منها ، لا معنى له لعدم دخولها في المستثنى منه - بخلاف لفظي الدار والارض فان كل واحد منهما بالنسبة للبيت ، كل والبيت جزء منه فالاقرار بها ، اقرار بالبيت اصلاً لا تبعاً فيصح استثناؤه منها كما يصح استثناء الثلث او الربع وبالنسبة الى البناء ، اصل وهو تبع لهما بمنزلة الوصف لها فالاقرار بها اقرار به تبعاً لا اصلاً فلا يصح استثناؤه منها لان الاستثناء تصرف في الملفوظ وهو اي البناء غير داخل في لفظها اي الدار والارض كما لا يصح استثناء وصف الشيء منه .

فان قلت يشكل على هذا ما لو قال البناء لفلان والارض لآخر فانه كما قال

كما صرحوا به حتى يكون البناء للاول والارض للثاني ولم يقولوا هنا الاقرار بالارض اقرار بالبناء فما وجه الفرق

قلت قد ذكر شراح الهداية نقلاً عن الذخيرة ان ها هنا خمس مسائل وتخريجها على اصلين ·

احدهما ان الاقرار بعد الدعوى صحيح دون العكس

والثاني ان اقرار الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره · اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي وارضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان لان بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض لفلان اقر لفلان بالبناء تبعاً للاقرار بالارض · والاقرار بعد الدعوى صحيح · واذا قال ارضها لي وبناؤها لفلان فهو على ما اقر لان بقوله ارضها لي ادعى البناء لنفسه تبعاً وبقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويؤمر المقر له بنقل البناء من ارضه · واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي ، فالارض والبناء للمقر له لان بقوله ارضها لفلان اقر لفلان بالبناء تبعاً وبقوله والبناء لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار لا تصح · واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لفلان آخر فالارض والبناء للمقر له الاول لان بقوله ارض هذه الدار لفلان صار مقراً لفلان بالبناء تبعاً للارض وبقوله وبناءها لفلان آخر كان مقراً على الاول والاقرار على الغير لا يصح واذا قال بناء هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لان بقوله اولا بناء هذه الدار لفلان صار مقراً بالبناء له وبقوله وارضها لفلان آخر صار مقراً على الاول بالبناء للثاني والاقرار على الغير باطل · قال في تكملة رد المحتار

اقول وهذا يعني التفرقة في الحكم بين العرصة والارض حيث لا يدخل البناء في الاقرار بالاولى ويدخل تبعاً في الثانية ، مخالف للعرف الآن فان العرف ان الارض بمعنى العرصة وعليه فينبغي ان لا يكون البناء تابعاً للارض تأمل اه ·

قلت وكون العرف الآن كما قال لا شبهة فيه فانهم يقولون ارض هذه الدار واسعة او ضيقة مثلاً ولا يريدون به الا عرصتها ولا يخطر في بال احد ان المراد الارض وما يتبعها من البناء وكلامه هذا وان كان بحثاً الا انه قد صرح

في جامع الفصولين كما نقله العلامة ابن عابدين في رسالته نشر العرف ان مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف الى المتعارف اه . وكذا في شرح السير الكبير للسرخسي انه يعتبر في كل موضع عرف اهل ذلك الموضع فيما يطلقون عليه من الاسم اه . ثم ذكر في رسالته المذكورة بعد نقله مسايل كلها مبنية على اعتبار العرف ما نصه : فهذه النقول ونحوها دالة على اعتبار العرف الخاص وان خالف المنصوص عليه في كتب المذهب ، ما لم يخالف النص الشرعي يعني نص الشارع كما قدمناه وكيف يصح ان يقال لا يعتبر مطلقاً مع ان كل متكلم انما يقصد ما يتعارفه اه . فتدبر

ثم ان ظاهر ما تقدم عن الذخيرة من ان الدعوى بعد الاقرار لا تصح يفيد ان من قال الارض لفلان وبناؤها لي ان لا تسمع بينة عليه لان سماع البينة فرع عن صحة الدعوى وبهذا صرح في الذخيرة كما نقله عنها في تكملة رد المحتار فقال : لو اقر بارض او دار لرجل دخل البناء والاشجار حتى لو اقام المقر بينة بعد ذلك على ان البناء والاشجار له لم تقبل بينته اه . لكن يخالفه ما في الخانية قبيل فصل في القبض والابراء ونصه : ولو قال هذه الدار لفلان ولكن هذا البيت لي او قال وبناؤها لي او قال هذه الارض لفلان ونخلها لي او النخل باصولها لفلان والثمر لي كان الكل للمقر له ولا يصدق المقر الا بحجة اه .

وفيها بعد سطرين لو قال هذا البستان لفلان الا نخيله بغير اصلها فانه لي او قال هذا الخاتم لفلان الا فصه فانه لي او قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لي لا يصح الاستثناء . وان كان موصولاً ويكون الكل للمقر له الا ان يقيم المدعي البينة على ما ادعى اه .

وكذا ما في العناية ولو قال هذه الدار لفلان وهذا البيت لي كان الكل للمقر له لانه اقر بكلها ثم ادعى بشيء منها بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة اه . ووفق السايحاني كما في التكملة بحمل ما في الذخيرة من عدم سماع البينة على ما اذا ادعى الغراس او البناء مفصولاً عن اقراره بالارض ، وما في الخانية من سماعها على ما اذا ادعاه موصولاً به كما اشار اليه في الخانية اه .

اقول واشارة كلام الذخيرة اليه اوضح فان الظاهر ان قوله بعد ذلك ظرف

للدعوى ايضاً فكأنه قال حتى لو ادعى المقر بعد ذلك واقام البينة على ان البناء والاشجار الخ وبعدية الدعوى تؤذن بكونها مفصولة عن الاقرار . واقول ايضاً انه ليس في كلام الخانية ما يشير الى هذا التوفيق اصلاً والذي ينبغي ان يعول عليه في الفتوى ابقاؤه على اطلاقه وناهيك بفقيه النفس قاضي خان فانه من اجل من يعتمد على تصحيحه كما في التنقيح وغيره

وتوجيه كلامه ان دخول البناء والاشجار في الاقرار بالارض تبعاً لها لا يلزم منه تناقض المقر في دعواه لانه لم يقر بهما صريحاً بل ولا قصد الاقرار بهما اصلاً نعم يلزم منه ان يكون مقراً باليد عليهما للمقر له لقيامها في الارض فيصير المقر له ذا يد عليهما حتى يثبته المقر بالبينة . ويؤيد ما قلناه ما في الانقروية لو اقر بارض لانسان فيها زرع دخل الزرع فيه من غير ذكر . وان اقام المقر البينة ان الزرع لي قبلت قال استاذنا فلم يكن اقراره بالزرع مانعاً من قبول بينته عليه لما كان اقراره بذلك تبعاً وضمناً لاقراره بالارض ويخرج على هذه المسئلة كثير من المسائل اه .

وفيه عن البزازية ادعى داراً وبرهن وحكم له بالبناء تبعاً ثم اقر المقضي له ان البناء للمقضي عليه او برهن المقضي عليه على ذلك فالبناء للمقضي عليه ولا يبطل القضاء في حق الارض اه وتمامه فيها

وانظر لما قدمناه قريباً عن الهندية فانه مع كون البيت داخلاً في الاقرار بالدار قصداً لا تبعاً لكون البيت جزء من الدار حتى صح استثناؤه منها كما عرفت افاد انه تقبل حجة المقر على البيت ولم يجعله متناقضاً وما ذاك الا لكونه لم يقر له بالبيت صريحاً . وقد ذكر في الهندية اول الباب الثامن من كتاب الدعوى ان التناقض الذي يمنع استماع الدعوى هو تعارض القولين المتضادين المتناقضين من المدعي في الدعوى اه .

وقد قدمنا في شرح المادة (١٥٨٣) عن جامع الفصولين ما نصه : ادعى انه له فاراد ذو اليد ابطال دعواه فقال للمدعي خذه وديعة الى الغد فاخذه المدعي ، بطلت دعواه لان قبول الوديعة اقرار انه لا ملك له . وقيل ينبغي ان لا تبطل دعواه لان قبول الوديعة يدل على عدم الملك دلالة وقد ادعى صريحاً انه ملكه

والدلالة لا تعتبر مع التصريح بخلافها اه . فيمكن ان يقال في مسئلتنا دخول البناء او الاشجار في الاقرار بالارض تبعاً لا يعتبر مع التصريح بخلافه وقدمنا هناك ايضاً عن شرح الاشباه للحموي عند قول الاشباه الاستئجار اقرار بعدم الملك ما نصه : قيل عليه يجب تقييده بما اذا لم يكن ملكه فيه ظاهراً فانهم صرحوا بان الراهن اذا استأجر الرهن او البائع وفاء اذا استأجر المبيع لا يصح وهو كالصريح في عدم كون الاستئجار اقراراً بعدم الملك اه اي في مثل هذه المسئلة .

ويمكن ان يقال هنا ان الاقرار بالارض لا يدخل فيه البناء والاشجار حيث كان ملك المقر فيهما ظاهراً يعرفه كل احد حتى ناظر الوقف . ثم رأيت في الباب الثاني من اقرار الهندية ما يؤيد توفيق السائحاني فانه قال عازياً للواقعات الحسامية رجل قال هذه الارض لفلان وفيها زرع كانت الارض بزرعها لفلان ولو اقام المقر البينة ان الزرع له قبل القضاء او بعده تقبل بينته . ولو كان في الارض شجر نخيل فكذلك لانه لو اقام البينة ان الشجرة لي لا تقبل بينته الا ان يكون مقراً بان الارض له وشجرها لي فحينئذ لا يقضى بالشجر للمقر له اه

فقد افاد ان الفرق بين الزرع والنخيل ان بينته على الزرع تقبل وان ادعاه مفصولاً عن الاقرار بالارض — واما بينته على النخيل فلا تقبل الا اذا ادعاه موصولاً مع الارض بان يقول الارض له والنخيل لي فتدبر

وانما اطلنا الكلام على هذه المسئلة لانها كثيرة الوقوع فان اكثر بساتين بلادنا اشجارها قائمة في اراضي وقف محتكرة . وكذا كثير من الحوانيت والدكاكين والبيوت ابنيتها قائمة في اراضي اوقاف بوجه شرعي بموجب حجج احتكار واذن واحترام من نظار الاوقاف وهي في ايدي اربابها يتوارثونها ويتبايعونها ويتصرفون فيها ويدفعون لنظار الاوقاف اجرة مثل الارض خالية عن اشجارهم وابنيتهم وقد يكون الغراس مشتركاً بين الغارس وجهة الوقف نصفه او ثلثه للغارس والباقي لجهة الوقف فيساقيه ناظر الوقف بعد ان يؤجره بياض ارض الوقف فاذا اختلف احد النظار مع المستأجر في اجرة مثل الارض يرفع الناظر

الامر للحاكم الشرعي فيسئل الحاكم المستأجر عن تلك الارض فيقر بان له فيها البناء او الغراس كله او ثلثه والباقي وهو الارض او هي وثلثا الغراس جار في الوقف

وقد وقعت هذه الحادثة من عهد قريب فحكم القاضي بجميع الغراس لجهة الوقف لاقراره بالارض ودخول جميع الغراس تبعاً في الاقرار وامره برفع يده عن كامل البستان وتسليمه لجهة الوقف مع ان الناظر يعلم ويعترف بان الكردار مع الغراس او ثلثه ملك محترم لهذا المقر ثابت بوجه شرعي بموجب حجج شرعية مصدق عليها اما منه نفسه او من اسلافه من نظار الوقف لكن ما الفائدة من ذلك واقرار الناظر على الوقف غير نافذ . هذا مع ان المرافعة الواقعة بين الناظر والمستأجر انما كانت بشأن زيادة الاجرة فهي قرينة على ان مراد المستأجر بالارض التي اقر بها للوقف هي العرصة لانها هي المطالب باجرتها فضلاً عن كون العرف جارياً بان المراد بالارض العرصة كما تقدم آنفاً عن تكملة رد المحتار . وهب ان المراد الارض معناها اللغوي حتى شملت منابت الاشجار لكن دخول الاشجار تبعاً في الاقرار بالارض انما يوجب كون اليد على الاشجار لجهة الوقف وحينئذ فلا مانع من سماع دعواه وقبول بينته على ما صرح به في الخانية والعناية لا سيما اذا كانت دعواه بها متصلة باقراره بالارض فانه على وفق ما قدمناه عن السائحاني من التوفيق بين ما في الذخيرة والخانية يكون سماع البينة متفقاً عليه وليت شعري لو سئل القاضي او الناظر صاحب الغراس والبناء هل تعلم ان منابت الاشجار ومواضع اس البناء جارية في الوقف ام لا فما عساه ان يجيب وهو يعلم انها جارية في الوقف ومصرح به في حجة احتكاره او شرائه من المحتكر ان قال نعم ضاع بناؤه وغراسه على ما في الذخيرة وان انكره وادعاه لنفسه كذب وضاع دينه وكذبته حجة احتكاره التي هي مستنده ولا يخفى ما في ذلك من الحرج فلا جرم ان الذي يجب التعويل عليه سماع دعوى هذا المقر بالبناء والغراس وقبول بينته عليها اخذاً بما في العناية والخانية .

فتلخص من هذا كله انه ان اريد بالارض المقر بها العرصة اي البقعة الخالية

من البناء والاشجار كما هو العرف لا سيما اذا دلت قراين الاحوال عليه كأن البناء والاشجار للمقر لانه لم يقر بهما لا قصداً ولا تبعاً والآ بان اريد بالارض معناها اللغوي الشامل لمنابت الاشجار ومواضع اس البناء — فان كان الادعاء بهما موصولاً بالاقرار بالارض كان سماع دعوى المقر وقبول بينته محل اتفاق من الذخيرة والخانية على ما وفق به السائحاني حيث جعل محل ما في الذخيرة على ما اذا كان مفصولاً كما اشار اليه في الذخيرة . وان كان الادعاء بهما مفصولاً عن الاقرار بالارض فعلى ما في الذخيرة لا تسمع دعواه ولا تقبل بينته وعلى اطلاق ما في العناية والخانية تسمع دعواه وتقبل بينته وانت تعلم ان قاضيخان من اجل من يعتمد على تصحيحه لانه فقيه النفس

وهذا كله بقطع النظر عما اذا كان ملك المقر للبناء والاشجار ظاهراً فان كان كذلك كان لا عبرة بالاقرار على ما قدمناه عن شرح الحموي على الاشباه . وكذا بقطع النظر عما قدمناه عن جامع الفصولين من انه لا عبرة بالاقرار دلالة مع الادعاء صريحاً على ان الجمود على ما في الذخيرة من عدم قبول بينة المقر مع انه لم يخطر قط بباله ان الاقرار بالارض يكون اقراراً بالبناء والاشجار يؤدي الى ضياع حقوق عظيمة للناس ويفتح باباً عظيماً لاختلال نظام ثابت من قديم الزمان ، والله الموفق وبه المستعان

المادة ١٥٨٩ — ✻ اذا ادعى احد كونه كاذباً في اقراره الذي وقع يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً مثلاً اذا اعطى احد سنداً لآخر محرراً فيه انه قد استقرضت كذا درهم من فلان ثم قال وان كنت اعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً في اقراره هذا ✻

وهذا قول ابي يوسف وهو استحسان وعليه الفتوى لتغير احوال الناس وكثرة الخداع والخيانات والمقر يتضرر بذلك ان كان كاذباً في اقراره والمدعي

لا يضره اليمين ان كان صادقاً زيلعي ، وافاد اطلاق صدر هذه المادة ان الحكم كذلك سواء كان المقر به ديناً او غيره من الحقوق وقد صرح به في مسائل شتى الفرائض من متن الكنز فقال اقر بدين او غيره ثم قال كنت كاذباً الى آخره — وكذا قال في متن الملتقى اقر بحق ثم قال كنت كاذباً في اقراري الخ . وذكر في الحامدية ان قارئ الهداية سئل عن رجل اشترى شيئاً واقر برؤيته عند الشهود . ثم بعد قبضه ادعى انه لم يكن رآه واراد رده فاجاب اذا ادعى المشتري بعد اقراره برؤية المبيع اني اقررت بذلك ولم اكن رأيت المبيع وكذبه البائع حلف البائع ان اقراره بذلك كان بعد الرؤية والمعرفة به فان حلف لم يلتفت الى انكار المشتري وان نكل فللمشتري الرد اه

وعبارة التنوير وشرحه الدر اقر ثم ادعى المقر انه كاذب في الاقرار يحلف المقر له ان المقر لم يكن كاذباً في اقراره عند الثاني وبه يفتي درر . وكذا الحكم يجري لو ادعى وارث المقر فيحلف . وان كانت الدعوى على ورثة المقر له فاليمين عليهم بالعلم انا لا نعلم انه كان كاذباً صدر الشريعة اه

واعلم ان تحليف المقر له مقيد بقيدين . الاول ان لا يكون المقر محكوماً عليه بالاقرار فان كان لا يحلف . قال في الفتاوى الخيرية في جواب سؤال يحلف المقر له على ان المقر ما كان كاذباً في اقراره اذا لم يصر محكوماً عليه بالاقرار وان صار محكوماً بالاقرار لا يحلف كما هو صريح كلام البزازي وغيره اه .

وصورته ان يكون منكراً للاقرار فيثبته مدعيه بالبينة ويحكم عليه القاضي به ثم يدعي انه كان كاذباً فيه فلا يحلف .

الثاني ان لا يكون المقر قد ابرأ بعد اقراره ابراء عاماً للمقر له فان كان ابرأه ثم ادعى انه كاذباً في اقراره السابق ، لا يحلف المقر له كما في رد المحتار . وكأنه لان الابراء العام يسقط كل حق . والتحليف من جملة الحقوق — لكن نقل في رد المحتار عن العلامة ابن نجيم في رسالة له ان التقييد بهذا القيد مسلم فيما اذا كان المقر قد دفع المقر به للمقر له لانه يدعي استرجاع المال . والبراءة مانعة منه اما اذا لم يكن دفع له المقر به ، فله تحليفه لانه لم يدع استرجاع شيء ، وانما يدفع عن نفسه فافترقا

وفي التنوير وشرحه الدر من مسائل شتى القضاء ومسائل شتى الاقرار معزياً للمنية : اقر رجل بمال في صك واشهد عليه ثم ادعى ان بعض هذا المال قرض وبعضه

رباً عليه اي على القرض فان اقام على ذلك بينة تقبل، وان كان متناقضاً لانا نعلم انه مضطر الى هذا الاقرار اه

وافتى به في الحامدية والخيرية ونقله ابن الشحنة في شرح الوهبانية واقره لكن قال في الدر وحرر شارحها الشرنبلالي انه لا يفتى بهذا الفرع اي لانه انفرد بنقله في القنية لانه لا عذر لمن اقر غايته ان يقال بانه يحلف المقر له على انه لم يكن بعضه ربا بل كله دين ثابت في ذمته شرعاً على قول ابي يوسف المختار للفتوى من انه اذا ادعى المقر انه اقر كاذباً يحلف المقر له لان مسئلة دعوى الربا من افراد هذه المسئلة

ووفق العلامة ابن عابدين بين ما نقل عن القنية وبين كلام الشرنبلالي بان يقال ان قامت البينة على اقراره بالمال ينبغي ان لا تسمع على ان بعضه ربا وان قامت على ان بعضه ربا تقبل فتأمل اه . اقول وهو توفيق لم افهم له حاصلاً فتأمله

المادة ١٥٩٠ - ✹ اذا اقر احد لآخر بقوله لك في ذمتي كذا دراهم وقال الآخر هذا المبلغ ليس لي وانما هو لفلان وصدقه ذلك يكون المبلغ له ولكن يكون حق قبضه للمقر له الاول يعني لا يجبر المديون على اداء المقر به الى المقر له الثاني اذا طالبه به واذا اعطى المديون المقر به للمقر له الثاني برضاه تبرأ ذمته وليس للمقر له الاول ان يطالبه به ✹

لا حاجة الى قوله برضاه لان دفع المديون دينه برضى الداين ، يوجب برائته ولو كان المدفوع له غير مقر له اصلاً ولهذا اطلق في التنوير برائة المقر بالدين بالدفع الى المقر له الثاني وكذا في الخانية وعبارتها: رجل اقر له انسان بالدين فاقر المقر له ان الدين لفلان وصدقه فلان صح ويكون حق القبض للاول دون الثاني ولو ادى الى الثاني برئ اه .

ويؤيده ما تقدم في المادة ١٥٠٣ وشرحها ان حق قبض الثمن لوكيل البيع لان حقوق العقد ترجع اليه لكن ان دفع المشتري الثمن الى الموكل صح ولو مع نهي الوكيل استحساناً ولا يطالبه الوكيل ثانياً لعدم الفائدة لان الثمن المقبوض حق الموكل وقد وصل اليه نعم لو لم يكن الاقرار اخباراً بل تمليكاً بان اضاف المقر المال المقر به لنفسه كما سيأتي في المادة الآتية يشترط لبراءة الدافع ان يكون باذن المقر له لعدم صحة تمليكه قبل التسليم ما لم يسلطه على القبض وسيأتي تمامه

والحاصل ان اقرار المقر له الاول للمقر له الثاني بالدين في مسئلتنا هو اخبار عن امر ثابت لا انشاء تمليك فيفيد الملك للمقر له الثاني بمجرد التصادق وان لم يسلط المقر له على القبض او يقل اسمي في الصك عارية ويكون المقر له الاول كالوكيل عن المقر له الثاني فتدبر

ثم ان قوله لك في ذمتي كذا دراهم الخ ، مثال ومثله ما اذا كان المقر به عيناً ففي الخانية ايضاً رجل في يديه دار اقر انها لفلان لا حق لي فيها فقال المقر له ما كانت لي قط لكنها لفلان وصدقه فلان فهي للثاني اه . هذا ونقل في الهندية قبيل الفصل الخامس عشر في الاقرار بالتلجئة عن المحيط ما نصه : قال محمد رحمه الله تعالى في الجامع دار في يدي رجل اقر وقال هذه الدار لفلان لا حق لي فيها فقال المقر له ما كانت هذه الدار لي قط ولكنها لفلان يريد به رجلاً ثالثاً وصدقه الثالث في ذلك فان القاضي يقضي بالدار للثالث هذا اذا قال المقر له الاول ولكنها لفلان موصولاً بقوله ما كانت لي هذه الدار قط واما اذا قال ذلك مفصولاً فلا اه . اي بل يكون قوله ما كانت لي هذه الدار قط رد الاقرار المقر الاول فيبطل فتنبه لهذا

ــ الفصل الثاني ــ

✵ في بيان نفي الملك والاسم المستعار ✵

المادة ١٥٩١ ــ ✵ المقر اذا اضاف المقر به الى نفسه في اقراره

يكون قد وهبه للمقر له ولا يتم ما لم يكن هناك تسليم وقبض وان لم يضفه الى نفسه يكون قد نفى الملك عن المقر به واقر بكونه ملكاً للمقر له قبل الاقرار مثلاً لو قال احد ان ساير اموالي واشيائي التي في يدي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد وهب جميع امواله واشيائه لذلك ويلزم التسليم والقبض وان قال ان سائر الاموال والاشياء التي نسبت لي ما عدا ثيابي التي علي هي لفلان وليس لي فيها علاقة يكون قد نفى عن ملكه سائر الاموال والاشياء المنسوبة له يعني التي قيل انها له ما عدا ثيابه التي عليه واقر بكونها لذلك ولكن لو ملك اشياء بعد اقراره هذا لا يكون اقراره هذا شاملاً لتلك الاشياء . كذلك لو قال ان سائر اموالي واشيائي التي في دكاني هذا لابني الكبير وليس لي فيها علاقة يكون قد وهب في ذلك الوقت جميع اشيائه وامواله التي هي في الدكان لابنه الكبير ويلزم التسليم . وان قال ان جميع هذه الاشياء والاموال التي هي في دكاني هذا هي لابني الكبير فلان وليس لي فيها علاقة يكون حينئذ قد نفى الملك عن نفسه واثبته لابنه الكبير باقراره عن جميع الاشياء والاموال الموجودة في ذلك الحانوت ولكن لو وضع بعد ذلك اشياء اخرى في ذلك الدكان لا يكون اقراره هذا شاملا لتلك الاشياء . وكذلك لو قال احد حانوتي الذي في المحل الفلاني هو لزوجتي يكون قد وهبه لها ويلزم التسليم . وان قال ان الدكان الفلاني الذي نسبته لي هو لزوجتي

يكون ذلك الحانوت لزوجته قبل الاقرار ويكون قد اقر بان الدكان ليس ملكه *

قالوا الاصل ان المقر متى اضاف المقر به الى ملكه ولم يأت بلفظة في ، كان اقراره هبة فلا بد لصحة من التسليم كما اذا قال جميع مالي اوما املكه لفلان او قال له من مالي او من دراهمي كذا لان ماله او ما ملكه ، يمتنع ان يكون كله او بعضه ، لاخر في ذلك الحال فلا يصح اقراراً لانه اخبار عن ملك ثابت من قبل واللفظ يحتمل الانشاء فيحمل عليه ويكون هبة فيشترط فيه ما يشترط في الهبة

اما لو اتى بلفظة في كما لو قال له في مالي او في دراهمي هذه الف درهم ، كان اقراراً بالوديعة ان كانت الالف مميزة والا فبالشركة . قال في الاصل اذا قال في وصيته سدس داري لفلان فهو وصية ولو قال لفلان سدس في داري فاقرار لانه في الاول جعل له سدس دار جميعها مضاف الى نفسه . وانما يكون ذلك بقصد التمليك . وفي الثاني جعل دار نفسه ظرفاً للسدس الذي لفلان وانما يكون داره ظرفاً لذلك السدس اذا كان السدس مملوكاً لفلان قبل ذلك فيكون اقراراً . اما لو كان انشاء ، لا يكون ظرفاً لان الدار كلها له فلا يكون البعض ظرفاً للبعض . وعلى هذا اذا قال له الف درهم من مالي فهو وصية استحساناً اذا كان في ذكر الوصية وان قال في مالي فهو اقرار اه

ولا يرد على منطوق هذا الاصل ما لو قال ما في بيتي او في منزلي لفلان فانهم قالوا يكون اقراراً ويدخل فيه الدواب التي يبعثها في النهار وتأوى اليه في الليل مع ان الاضافة موجودة فيه ، لانا نقول المقر به ليس مضافاً في المثالين وانما المضاف فيهما هو البيت والمنزل . والمقر به هو المظروف فيهما لا هما — على ان اضافة نفس البيت والمنزل كلا اضافة لانها اضافة نسبة لا اضافة ملك اذ يحتمل ان البيت والمنزل ملك غير المقر وهما في يده بالاجرة او الاعارة او غيرهما ولا يرد على مفهوم الاصل المذكور وهو انه اذا لم يضفه يكون اقراراً ، ما لو قال الاب الارض التي حدودها كذا لطفلي فقد قيل انها هبة مع ان الاب لم يضف الارض الى ملكه

لانا نقول هذه المسئلة اختلف فيها النقل فقيل هو اقرار اي اخبار عن ملك سابق للطفل فلا تكون واردة على الاصل المذكور وقيل هو هبة فحملها صاحب المنح على ما اذا كان المقر به قد اشتهر بين الناس انه ملك الاب المقر وادعى ان الاضافة التي تقتضي كون الاقرار تمليكاً اما ان تكون صريحة او تقديرية تعلم بالقراين كأن كان مشهوراً بين الناس انها ملك المقر . ورده السايحاني بان نصوص الفقهاء تشير الى عدم اعتبار ما يعهده الناس بل العبرة للفظ فان ما في البيت وما يعرف به وينسب اليه يكون معلوماً لكثير من الناس انه ملكه وقد صرحوا بانه اقرار . والمشهور في المذهب هو ما مر من الاصل فلا يلتفت الى قول من قال ان اقرار الاب هبة في الفرع المذكور اه ملخصاً من الدر وحواشيه .

وبهذا تعلم ان ما نقله في الدر عن المنح من انه لو اقر لاخر بمعين ولم يضفه لكن من المعلوم لكثير من الناس انه ملكه فهل يكون اقراراً او تمليكاً ينبغي الثاني فيراعى فيه شرائط التمليك اه ، هو بحث من صاحب المنح بناه على ما زعمه من ان في شهرة كونه ملكه بين الناس اضافة لنفسه تقديرية . وقد علمت رده من السايحاني فافهم

وفي الهندية من الباب الثاني من الاقرار : لو قال له من مالي الف درهم فهذه هبة وليس باقرار ولو قال له من مالي الف درهم لا حق لي فيها فهذا اقرار بالدين اه مختصراً ولا يخفى ان ما ذكرناه للمثال الاول من هذه المادة الا ان يدعى الفرق بين لا تعلق لي فيها وبين لا حق لي فيها تأمل وانظر ما سنكتبه في شرح المادة (١٦٠١) وفي الحامدية ما نصه وذكر في الجامع : رجل قال ما في يدي من قليل او كثير او عبد او غيره لفلان ، صح اقراره لانه عام وليس بمجهول فان حضر المقر له واراد ان يأخذ شيئاً مما في يده واختلفا في عبد في يده انه كان في يده يوم الاقرار او لم يكن ، كان القول قول المقر . وكذا لو قال جميع ما في حانوتي خانية من الاقرار . وسئل الحانوتي فيمن اشهد على نفسه جماعة ان جميع ما بمنزله الكائن بمحلة كذا ، ملك لزوجته فلانة ولم يعلم الشهود وقت تحمل الشهادة بشيء من ذلك فهل اذا ادعت الزوجة بجميع ما ذكر على ورثة الزوج وشهد الشهود بذلك ، تقبل شهادتهم ولا تكون شهادتهم بمجهول فاجاب الشهادة

صحيحة لانها على سبيل العموم والعموم من قبيل المعلوم لا المجهول — نعم لو انكرت ورثة الزوج ان هذه الامتعة كانت في المنزل يوم الاقرار كان القول لهم وكان على الزوجة اثبات ذلك كما في الخانية اه مختصراً . وذكر في جواب سؤال اخر قال ابو القاسم الصفار ان علمت المرأة ان جميع ما اقر به الزوج كان لها ببيع او هبة اي مع قبض حل لها ذلك بحكم اقرار الزوج وان علمت انه لم يكن ببيع ولا هبة لا يصير لها ملكاً بهذا الاقرار خانية اه ، بقليل اختصار يعني لا يحل لها ان تأخذه لان الاقرار لا يكون نسباً للملك كما تقدم مراراً . وفي الحامدية داري هذه لولدي الاصاغر يكون باطلاً لانها هبة فاذا لم يعين الاولاد كان باطلاً وان قال هذه الدار للاصاغر من اولادي فهو اقرار وهي لثلاثة من اصغرهم لانه لم يضف الدار الى نفسه اه

❊ تنبيـــه ❊

لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان فان قال واسمي في كتاب الدين عارية ، كان اقراراً ، وان كان فيه اضافة الدين الى نفسه ، لان قوله واسمي في كتاب الدين عارية ، قرينة على ان الاضافة المذكورة اضافة نسبة لا اضافة ملك فيكون اخباراً وولاية قبض الدين للمقر لكن يبرأ المديون بالدفع الى المقر له وان كان بغير رضى المقر كما قدمناه في شرح المادة السابقة . وان لم يقل واسمي في كتاب الدين عارية كان انشاء هبة فلا تصح الا ان يسلطه المقر على القبض لانه تمليك الدين من غير من عليه الدين — حتى لو دفع المديون الى المقر له بلا تسليط على الدفع ولا اذن من المقر ، لا يبرأ — فما في التنوير من انه لو قال الدين الذي لي على فلان لفلان او الوديعة التي عند فلان لفلان آخر اقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم الى المقر له بريء اه ، محمول على ما اذا قال واسمي في كتاب الدين عارية ونحوه مما يفيد ان اضافة الدين لنفسه اضافة نسبة لا اضافة ملك هذا ما حققه في الدر وحواشيه واشرنا اليه في شرح المادة السابقة

المادة ١٥٩٢ ـ ✵ اذا قال احد في حق الدكان الذي هو في يده وتصرفه بسند انه ملك فلان وليس لي فيه علاقة والاسم المحرر في الوثيقة هو مستعار او قال في حق دكان مملوك اشتراه من اخر كنت قد اشتريته لفلان والدراهم التي اعطيتها في ثمنه هي ماله ايضاً والاسم المحرر في السند قيداً مستعار يكون قد اقر بان الدكان ملك فلان في نفس الامر ✵

المادة ١٥٩٣ ـ ✵ اذا قال احد ان الدين الذي هو في ذمة فلان بموجب سند وهو كذا غرشاً وان كان قد تحرر باسمي الا انه هو لفلان واسمي الذي تحرر في السند هو مستعار يكون قد اقر بان المبلغ المذكور في نفس الامر هو حق لذلك ✵

انما كان قول المقر واسمي الذي تحرر في السند مستعار، شرطاً لكون قوله المذكور في المادتين اقراراً لا هبة لان المراد بالسند في قوله وتصرفه بسند وفي قوله بموجب سند اي سند يتضمن كون الدكان والدين ملكه فكأنه قال دكاني او ديني الذي هو في ذمة فلان فكان المقر به مضافاً الى ملكه وقد تقدم في المادة ١٥٩١ ان المقر اذا اضاف المقر به الى نفسه يكون اقراره هبة فكان حقه ان يكون في المادتين المذكورتين هبة لكن اقام المقر قوله واسمي في السند مستعار، قرينة على ان الاضافة المذكورة اضافة نسبة لا اضافة تمليك فصح كون قوله المذكور اخباراً بان الدكان في المادة السابقة والدين في هذه المادة، ملك المقر له في نفس الامر

والظاهر أن قوله في الفقرة الثانية من المادة السابقة انني قد كنت اشتريته لفلان ودفعت الثمن من ماله ، يكفي في كونه قرينة وان لم يقل واسمي في السند مستعار لانه يفيد ان الاضافة اضافة نسبة لا اضافة ملك فتدبر هكذا ينبغي تقرير هذا المحل فانه الموافق لما لخصناه عن الدر وحواشيه في التنبيه المذكور انفاً آخر شرح المادة ١٥٩١

المادة ١٥٩٤ — ✻ اذا كان احد قد نفى الملك باقراره على ما ذكر او اقر بكون اسمه مستعاراً في حال صحته يكون اقراره معتبراً ويلزم به في حال حياته وتلزم به ورثته بعد مماته ولكن لو اقر بالوجوه المذكورة في مرض موته فحكمه يعلم من الفصل الآتي ✻

وهذا لما قدمناه في شرح المادة ١٥٨٨ من ان الاقرار حجة على المقر كما دل عليه الكتاب والسنة والاجماع والوارث قائم مقام المورث حقيقة وحكماً فما منع منه المورث منع منه الوارث

— الفصل الثالث —

✻ في بيان اقرار المريض ✻

المادة ١٥٩٥ - ✻ مرض الموت هو الذي يخاف فيه الموت في الاكثر ، الذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره ان كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره ان

كان من الاناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة صاحب فراش كان او لم يكن وان امتد مرضه دايماً على حال ومضي عليه سنة يكون في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله ولكن لو اشتد مرضه وتغير حاله ومات بعد حاله اعتباراً من وقت التغير الى الوفاة مرض موت ❊

حاصله ان مرض الموت الذي اختصت بصاحبه احكام ليست للصحيح يعتبر لتحققه ثلاثة امور .

الاول ان يكون مرضاً يخاف فيه الموت اي يغلب على صاحبه الهلاك فلو لم يكن كذلك ، لا يكون مرض الموت وان اعجز صاحبه عن القيام بمصالحه .

الثاني ان يعجز صاحبه عن القيام بمصالحه خارج بيته ان كان رجلاً وداخله ان كان انثى فلو لم يعجزه لم يكن مرض موت . وان كان يخشى فيه الموت .

الثالث ان يتصل به الموت بان لا يمر عليه سنة وهو على حالة واحدة في ذلك المرض حتى لو امتد مرضه الذي يخشى فيه الموت وقد اعجز صاحبه عن القيام بمصالحه سنة وهو على حالة واحدة ، لا يكون مرض موت نعم اذا زاد المرض واشتد الى ان مات فيعتبر مرض موت من حين زيادته واشتداده ولا اعتبار لكون المريض صاحب فراش او لا . هذا ما تضمنته هذه المادة تبعاً للتنوير وغيره . وفسر في الدر المعجز عن المصالح ، بان يعجز الفقيه عن الاتيان للمسجد والسوقي عن الاتيان لدكانه وفي حق المرأة ان تعجز عن جميع مصالحها داخل البيت حتى لو اعجزها عن صعود السطح لا عن الطبخ لا يكون مرض الموت . واستظهر في رد المحتار ان المراد بالمصالح المصالح القريبة في حق كل مريض اذ لو كان محترفاً بحرفة شاقة كما لو كان مكارياً او حمالاً او نجاراً او نحو ذلك مما لا يمكن اقامته

مع اي مرض كان وعجز عنه مع قدرته على الخروج الى المسجد او السوق ، لا يكون مريضاً مرض الموت وان كانت هذه مصالحه والالزم ان يكون العجز عن الخروج الى المسجد او الدكان مرضاً وغير مرض بحسب اختلاف المصالح اه .

ثم قال في رد المحتار أن هذا يعني اشتراط العجز عن القيام بالمصالح ، انما يظهر في حق من كان له قدرة على الخروج قبل المرض اما لو كان عاجزاً عنه قبل المرض لكبر او لعلة في رجليه فلا يظهر فينبغي اعتبار غلبة الهلاك فقط في حقه واعتبار غلبة الهلاك فقط مطلقاً في قول ابي الليث وينبغي اعتماده لما علمت من انه كان يفتى به الصدر الشهيد وان كلام محمد يدل عليه ولاضطراده فيمن كان عاجزاً قبل المرض ويويده ان من الحق بالمريض كمن بارز رجلاً ونحوه انما اعتبر فيه غلبة الهلاك دون العجز عن الخروج ،ولان بعض من يكون مطعوناً او به استسقاء قبل غلبة المرض عليه ، قد يخرج لقضاء مصالحه مع كونه اقرب الى الهلاك من مريض ضعف عن الخروج لصداع او هزال مثلاً . وقد يوفق بين القولين بانه ان علم ان به مرضاً مهلكاً غالباً وهو يزداد الى الموت ، فهو المعتبر وان لم يعلم انه مهلك يعتبر الخروج لمصالح هذا ما ظهر لي اه

اقول ويمكن تطبيق هذه المادة على هذا التوفيق الذي هو بالقبول حقيق فان من به داء السل اذا مات قبل ان يمر عليه سنة يمكنه الخروج الى المسجد او الدكان هذا وقد الحقوا بالمريض مرض الموت من بارز رجلاً سواء كان اقوى منه او لا كما في البحر والفتح وغيرهما ، او قدم ليُقتَل من قصاص او رجم ، او بقي على لوح من السفينة بعد انكسارها ، او تلاطمت الامواج بالسفينة وخيف الغرق ولا بد من اتصال الموت في جميع ما ذكر . وذكر في رد المحتار عن معراج الدراية لو اختلطت الطائفتان للقتال وكل منهما مكافئة للاخرى او مقهورة فهو في حكم مرض الموت وان لم يختلطوا فلا اه . والمرأة اذا اخذها الطلق ، كالمريض والمراد به وجع يقترن به انفصال الولد ، لان المعتبر في مرض الموت ما يتصل به الموت . والمرض الذي يعقبه السكون في حكم الصحة ، كمرض يعقبه البرء بزازية في الثامن من الطلاق . وعبارة الهندية على ما نقله الشارح اللبناني عنها هكذا : والمرأة اذا اخذها الطلق فما فعلته في تلك الحالة يعتبر من ثلث مالها وان سلمت من ذلك

جاز ما فعلته من مالها كله اه ، فلم يقيده بالوجع الذي يقترن به انفصال الولد فما في البزازية تضيق للحلقة جداً فتأمل

وفي فتاوى الانقروي معزياً للقنية في هبة المريض مانصه : (قص) مرض الموت يعرف بالدلائل لا بالموت نفسه لانه يحتمل انه مات فجأة لا به (ص) ٠ طلق امرأته في مرضه ثلاثاً ثم قتل او مات من مرض آخر وهي في العدة فانها ترثه وان لم يمت من ذلك المرض ، وهـذا لان مرض الموت ما يكون قاتلاً غالباً وهو ما يكون مضنياً ملقياً على الفراش لا ما يموت منه ، لان الموت لا يكون من مرض لانه يحدث ساعة فساعة ويزداد حتى يموت فلم يكن مرض الموت ما يموت به بل يخاف المريض على نفسه الهلاك فيه اه

المادة ١٥٩٦ - ✵ اقرار من لم يكن له وارث او لم يكن له وارث سوى زوجته او المرأة التي لم يكن لها وارث سوى زوجها في مرض الموت يعتبر اقراره على انه نوع وصية فاذا نفى الملك من لا وارث له في مرض موته عن جميع امواله واقر بها لغيره يصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتركته بعد وفاته كذلك لو نفى الملك عن جميع امواله في مرض موته من لا وارث له سوى زوجته واقر به لها او نفت الملك من لا وارث لها سوى زوجها عن جميع اموالها واقرت به له يصح وليس لأمين بيت المال ان يتعرض لتركة احدهما بعد الوفاة ✵

وهذا لان بيت المال ليس بوارث وانما يوضع فيه مال الميت بلا وارث على انه فيء للمسلمين فلا يزاحم الوصية ولا الاقرار ولا المحاباة عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى ذكره في الدر وغيره ، وقيد هذا الحكم وهو صحة الاقرار بكونه من

احد الزوجين للآخر لانه لو كان الوارث المقر له غير واحد منهما ولم يكن للميت المقر وارث غيره كانت جميع التركة له وان لم يقر له الميت بشيء لانه يحرز كل المال ، اما تعصباً واما فرضاً ورداً بخلاف احد الزوجين . ثم معنى اعتبار هذا الاقرار نوع وصية ، انه تجري فيه احكام يعني ان المقر له له حكم الموصى له .

وقد قال في الجوهرة النيرة اول كتاب الوصايا عند قول القدوري ولا يجوز بما زاد على الثلث : يعني اذا كان هناك وارث يستحق جميع الميراث — اما اذا كان لا يستحق جميع المال كالزوج والزوجة فانه يجوز ان يوصي بما زاد على ذلك ولا يمنع من ذلك استحقاقهما ما يرثانه لانهما يستحقان سهماً من الميراث لا يُزاد عليه بحال فما زاد على ذلك فهو مال المريض لا حق فيه لاحد فجاز ان يوصى به .

وعلى هذا قال محمد اذا تركت المرأة زوجاً ولم تترك وارثاً غيره واوصت لاجنبي بنصف مالها ، فالوصية جائزة ويكون للزوج ثلث المال وللموصى له النصف ويبقى السدس لبيت المال . وانما كان للزوج الثلث لانه لا يستحق الميراث الا بعد اخراج الوصية فيحتاج الى ان يخرج الثلث اولاً للموصى له لانه يستحقه بكل حال فيبقى الثلثان يستحق الزوج نصفه ميراثاً يبقى الثلث للموصى له السدس تكملة للنصف ويبقى السدس لا مستحق له فيكون لبيت المال . وكذا اذا اوصت بذلك لزوجها كان المال كله له نصفه ميراثاً ونصفه وصية لانه لا يستحق الوصيه قبل الميراث بخلاف الاجنبي لان الزوج وارث وانما جازت له الوصية لانه لا وارث لها تتوقف صحة الوصية على اجازته وعلى هذا اذا ترك زوجة لا وارث له غيرها واوصى لرجل بجميع ماله كان لها سدس والموصى له خمسة اسداس لانها لا تستحق من الميراث شيئاً حتى يخرج الثلث للوصية فاذا خرج الثلث استحقت ربع الباقي وما بقي بعد ذلك يكون للموصى له بالجميع

واصله من اثني عشر للموصى له اربعة وهو الثلث يبقى الثلثان ثمانية للزوجة ربعها اثنان يبقى ستة تعود للموصى له فيكون له عشرة من اثني عشر وذلك خمسة اسداسها اه وتمام تفاريع المسئلة فيها

وذكر في الخانية واذا مات الرجل وترك امرأة ليس له وارث غيرها واوصى لاجنبي بجميع ماله ولزوجته بجميع ماله ياخذ الاجنبي ثلث المال بلا منازعة

وللمرأة ربع ما بقي وهو السدس بحكم الميراث يبقى نصف المال يكون بينهما وبين الاجنبي نصفين . ولو ان امرأة ماتت واوصت بجميع مالها لزوجها وليس لها وارث سواه واوصت بجميع مالها لاجنبي او اوصت لكل واحد بنصف المال ، ياخذ الاجنبي اولاً ثلث المال بلا منازعة يبقى ثلثا المال للزوج نصف ذلك لان الوصية بقدر الثلث للاجنبي مقدم على الميراث يبقى ثلث المال يكون ذلك بين الزوج والاجنبي اثلاثاً ثلث ذلك يكون للاجنبي وثلثاه للزوج اه .

المادة ١٥٩٧ — ✵ لو اقر احد حال مرضه بمال لاحد ورثته وافاق بعد اقراره من ذلك المرض يكون اقراره معتبراً ✵

لما تقدم ان مرض الموت يشترط لتحققه ان يتصل به الموت قال في الهندية معزياً لخزانة المفتين من يمرض يومين ويصح ثلاثة او يمرض يوماً ويصح يومين فاقر لابنه بدين فان فعل ذلك في مرض صح بعده جاز ما صنع وان فعل في مرض الزمه الفراش واتصل بموته لم يجز اه .

المادة ١٥٩٨ - ✵ اذا اقر احد في مرض موته بدين او عين لاحد ورثته ثم مات يكون اقراره موقوفاً على اجازة باقي الورثة فان اجازوه كان معتبراً والا فلا ولكن اذا كان قد صدقه باقي الورثة في حال حياة المقر فليس لهم الرجوع عن تصديقهم ويكون ذلك الاقرار معتبراً وايضاً الاقرار للوارث بالامانة صحيح على كل حال وهو انه اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد قبض امانته التي عند وارثه او اقر بكونه قد استهلك امانة وارثه المعلومة التي اودعها عنده يصح اقراره

مثلاً لو اقر في مرض موته بقوله اخذت وقبضت امانتي التي اودعتها عند ابني فلان يصح اقراره ويكون معتبراً و كذا لو قال ان ابني فلاناً اخذ طلبي الذي هو على فلان بالوكالة وسلمه لي يكون اقراره معتبراً و كذلك لو قال بعت خاتم الماس الذي كان وديعة او عارية عندي لابني فلان وقيمته خمسة الاف قرش وصرفت ثمنه في اموري او استهلكته يكون اقراره معتبراً ويلزم تضمين قيمة ذلك الخاتم من التركة ❊

تضمنت هذه المادة مسائل الاولى : ان اقرار المريض مرض الموت لوارثه لا ينفذ الا ان تجيزه بقية الورثة ، قال في الهداية لانه في مرضه تعلق حق الورثة بماله ولهذا يمنع من التبرع على الوارث كهبة او وصية ففي تخصيص بعض الورثة بما له ابطال حق الباقين وهو جور عليهم فيرد ولا يظهر هذا التعلق في حق الاجنبي ، لانه لو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه . اما الوارث فقلما تقع المعاملة معه . ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوا حقهم فيصح اقراره اه

وافاد قوله الا ان تجيز بقية الورثة انه لو لم يكن له وارث اخر غير المقر له لا يبقى محل للتوقف لان التركة كلها للوارث اما تعصيباً واما فرضاً ورداً . هذا اذا كان الوارث غير الزوج او الزوجة فان كان احدهما كان اقرار الآخر له نافذاً كما لو اوصى له بالباقي من التركة بعد ارثه كما تقدم في المادة ١٥٩٦ وشرحها وكما لا يصح اقرار المريض لوارثه بدين او عين ، لا يصح اقراره بقبض دين له عليه او غصبه او رهنه ونحو ذلك مما له عليه كما في الدر ، للتهمة — حتى لو اقر بقبض دينه من الاجنبي يتوقف اذا كان وارث المقر كفيلاً للاجنبي لان برائة الاصيل توجب برائة الكفيل فكأنه اقر بقبضه من الوارث صرح به في

جامع الفصولين وتقدم في كتاب الكفالة ، وفي الخانية لا يصح اقرار المريض بقبض الدين من وارثه ولا من كفيل وارثه ان كانت الكفالة في الصحة . وكذا لو اقر بالقبض من اجنبي يتطوع عن وارثه بقضاء الدين اه .

وفي الهندية عن المحيط : مريض اقر لوارثه ولأجنبي بدين فاقراره باطل تصادقا في الشركة او تكاذبا في قولهما ، وقال محمد اقراره للاجنبي بقدر نصيبه جايز اذا تكاذبا في الشركة وانكر الاجنبي الشركة . واذا كذبه الوارث في الشركة وصدقه الاجنبي ، فالاصح انه لا يجوز بالاتفاق فان صدقهما المقر في نفي الشركة ، وقال لم يكن مشتركاً وانما اقررت بالشركة كاذباً فحينئذ يصح الاقرار للاجنبي اه

لهما ان الاقرار اخبار ولا يصح ان ينفذ على خلاف الوجه الذي اقر به فاذا اقر مشتركاً لا يمكن ان ينفذ غير مشترك تكملة عن نور العين . وقول الهندية جايز اذا تكاذبا هكذا في نسختي . والظاهر ان المراد منه ان يتفقا على تكذيب المقر بالشركة . ويمكن ان يكون ضمير تكاذبا عائداً الى الفريقين المقر والمقر لهما تأمل .

المسئلة الثانية : ان تصديق الورثة اقرار الميت في حياته معتبر وليس لهم الرجوع عنه بعد موته وهو موافق لما اشار اليه في الهداية وافتى به ابنه نظام الدين وحفيده عماد الدين كما في رد المحتار عن القهستاني ولما في حاشية ابي السعود على مسكين ونصه : فاذا صدقوه في حياة المقر فلا حاجة الى التصديق بعد الموت بخلاف الوصية بما زاد على الثلث حيث لا ينفذ الا باجازة الورثة بعد موت الموصي حموي عن العمادي اه — لكن يخالفه ما في رد المحتار عن خزانة المفتين من انه لا عبرة لاجازتهم قبل موت المقر اه

ونقل في رد المحتار ايضاً عن التعيمية انه قال بعد نقله عبارة ابي السعود المارة فلم تجعل الاجازة كالتصديق لانهم اقروا اه وهو توفيق حسن جداً فان تصديق الورثة اخبار المريض بدين عليه لوارثه او بقبضه دينه منه ، انما هو عبارة عن قولهم صدق المريض في قوله المذكور او نحوه فيكون اقراراً منهم بما اقر به المريض فلا يملكون الرجوع عنه وعليه يحمل ما في حاشية ابي السعود تبعاً لما اشار اليه في الهداية وافتى به ابنه وحفيده ، واما الاجازة فهي عبارة عن قولهم اجزنا اقرار

المريض او رضينا به ونحو ذلك وهذا لا يستلزم اقرارهم بما اقر به المريض فلا يعتبر في حياة المريض بل بعد موته لان حق الاجازة وعدمها انما ثبت لهم بعد الموت وعلى هذا يحمل ما في خزانة المفتين ويرشد الى هذا التوفيق التعبير في هذه المادة عن رضى الورثة بعد الموت بلفظ الاجازة وقبله بلفظ التصديق — وكذا تسمية ذلك التصديق اقراراً ليس لهم الرجوع عنه ولا يخفى ان الذي يحتمل التصديق انما هو اخبار المريض بدين للوارث عليه او بقبض دينه منه . اما ما يكون منه انشاء كالوصية والبيع فانه لا يحتمل التصديق . واجازته لا تعتبر قبل الموت وان وقعت بلفظ التصديق وهذا لان الاجازة او عدمها انما تثبت حقا لهم بعد الموت لا قبله كما قلنا فليحفظ .

المسئلة الثالثة أن اقرار المريض بالامانة المعروفة للوارث ، صحيح نافذ لكن ليس المراد ان يقر المريض بان هذه العين التي في يدي وديعة لوارثي فلان فان هذا اقرار بالعين للوارث فلا يصح الا ان تجيزه بقية الورثة كما افاده صدر المادة . وانما المراد ان يقر بقبض وديعته التي كانت عند وارثه او بأنه قبض من وارثه المال الذي كان وكله بقبضه من الاجنبي او بانه استهلك وديعة وارثه فان اقراره بجميع ذلك صحيح ولا يتوقف على اجازة بقية الورثة . اما الاولى والثانية فلانه لا تهمة في هذا الاقرار لان القول ، للوارث في رد الامانة اقر المريض او لم يقر فلا فائدة في رد اقراره . وفي الاشباه وشرحه للحموي ان اقراره بقبض الامانات كلها كمال الشركة والعارية ، كاقراره بقبض الوديعة . والمعنى في الكل انه ليس فيه ايثار الوارث على بقية الورثة لما ذكرنا . واما الثالثة فلأنه لو لم يقر ومات مجهلاً كانت الوديعة ديناً في ماله فاذا اقر باستهلاكها فاولى فلا فائدة في رد اقراره . وهذا اذا كانت الوديعة معروفة لبقية الورثة بان كانوا مقرين بها او اثبته الوارث المقر له بالبينة — فلو لم تكن معروفة باحد هذين الوجهين ، لا يقبل اقرار المريض باستهلاكها الا ان تجيزه بقية الورثة كما في الزيلعي وغيره . وذكر في جامع الفصولين لو اقر المريض بقبض ثمن ما باعه بالوكالة عن وارثه لاجنبي او بالولاية عليه لاجنبي ، لم يصدق لانه اقر بدين لوارثه الا ان يدعي الهلاك اي بان يقول قبضته وهلك لانه حينئذ لم يصر ديناً في التركة ، فلو قال

قبضت الثمن واتلفته يبرأ المشتري ولو ادى ، لم يرجع اي لانه يكون متبرعاً بالدفع . وكذا لا يصدق في قبض ثمن ما باعه لوارثه بالوكالة عن الاجنبي الا ان يقول ضاع عندي او دفعته الى الآمر اه . بتصرف وايضاح

وقوله قبضت الثمن واتلفته ، هو مثل اقراره باستهلاك الوديعة فيتقيد قبض الثمن بكونه معروفاً لباقي الورثة او ثابتاً بالبينة كما عرفت فما في التكملة من انه يتقيد بمعاينة الشهود ، فيه قصور لان الوديعة انما هي الثمن المقبوض فقبضه بيد المريض يجب ان يكون بمعاينة الشهود فتدبر .

وفي التكملة عن جامع الفصولين : ولو اقر المريض بتلف وديعة وارثه في يده فنكل عن اليمين ومات لم يكن لوارثه في ماله شيء اه

اقول والظاهر ان معنى هذه العبارة ان الوارث ادعى عليه انه استهلك الوديعة فانكر فكلفه اليمين فنكل عنه فان نكوله وان كان اقراراً بالاستهلاك الا انه لا يقبل منه بعد ان اقر بالهلاك الذي يوجب براءته من الضمان الا بتصديق باقي الورثة لمكان التهمة . وعليه فالنكول عن اليمين ، ليس قيداً بل مثله ما لو اقر صريحاً أنه استهلكها فانه ايضاً لا يصدق حيث اقر اولاً بالهلاك الذي لا يوجب الضمان لمكان التهمة فتأمل

واعلم انه لو اقر المريض لوارثه يؤمر المريض في الحال بتسليمه الى الوارث فاذا مات ولم تجزه بقية الورثة يرده الوارث — كذا في الدر عن البزازية . وفيه عن القنية تصرفات المريض نافذة وانما تنتقض بعد الموت . وفي الخانية لو اقر لوارثه بعبد فقال ليس لي لكنه لفلان الاجنبي فصدقه الاجنبي ، ثم مات المريض فالعبد للاجنبي ويضمن الوارث قيمته وتكون بينه وبين سائر الورثة اه

المادة ١٥٩٩ — ✱ المراد من الوراث في هذا المبحث من كان وارثاً للمريض في وقت وفاته واما الوراثة الحاصلة بالسبب الحادث في وقت وفاة المقر ولم تكن قبل فلا تكون مانعاً لصحة الاقرار كما انه اذا اقر احد بمال لامرأة اجنبية في مرض موته ثم تزوج بها ومات

يكون اقراره نافذاً واما الاقرار لمن كانت وراثته قديمة ولم تكن حاصلة بسبب حادث فلا يكون نافذاً مثلاً لو اقر من له ابن بالٍ لاحد اخوته من ابويه ثم مات بعد موت ابنه لا يكون اقراره نافذاً لما ان اخاه يرثه من حيث كونه اخاً له ❊

عبارة الدر متناً وشرحاً هكذا : والعبرة لكونه وارثاً وقت الموت لا وقت الاقرار فلو اقر لاخيه مثلاً ثم ولد له صح الاقرار لعدم ارثه الا اذا صار وارثاً وقت الموت بسبب جديد كالتزويج وعقد الموالاة فيجوز كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها صح — بخلاف اقراره لاخيه المحجوب بكفر او ابن اذا زال حجبه باسلامه او بموت الابن فلا يصح لان ارثه بسبب قديم لا جديد ، وبخلاف الهبة لها في مرضه والوصية لها ثم تزوجها فلا تصح ، لان الوصية تمليك بعد الموت وهي حينئذ وارثة اه ٠

قال الزيلعي فحاصله أن الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال ٠ واما الاقرار فلا يخلو اما ان يكون المقر له وارثاً وقت الاقرار دون الموت او كان وارثاً فيهما ولم يكن وارثاً فيما بينهما او لم يكن وارثاً وقت الاقرار وصار وارثاً وقت الموت فان كان وارثاً وقت الاقرار دون وقت الموت بان اقر لاخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثاً وقت الموت ٠ وان كان وارثاً فيهما لا فيما بينهما بان اقر لامرأته ثم ابانها وانقضت عدتها ثم تزوجها ، او والى رجلاً فاقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانياً لا يجوز الاقرار عند ابي يوسف لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة وعند محمد يجوز لان شرط امتناع الاقرار ان يبقى وارثاً الى وقت الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار اجنبياً نفذ الاقرار كما لو انشأه في ذلك الوقت الا ترى انه لو لم يعقد ثانياً كان جايزاً فكذا اذا عقد وقيل ان ابا يوسف رجع عن قوله ٠ ووالمق محمداً وان لم يكن وارثاً وقت الاقرار ثم صار وارثاً وقت الموت ينظر فان صار وارثاً بسبب كان قايماً وقت الاقرار بان اقر لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب ، لا يصح اقراره ٠ وان صار وارثاً

بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة ، جاز وقال زفر لا يجوز لان الاقرار للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب . ولنا ان الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل — بخلاف الهبة فانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بان اقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم اسلم قبل موته او كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار . ولو اقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره عند ابي يوسف اولاً ، لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال اخراً يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من ان يكون وارثا . وكذلك لو اقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته . وكذلك لو اقر المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا . ولو اقر الاجنبي ان العبد المقر به حر الاصل او كان اعتقه عتق ولا شيء عليه اه . وقوله وكذلك لو اقر لاجنبي الخ ، اي الحكم والخلاف السابق كذلك كما في حاشية الشلبي . ولو اقر لمن طلقها بائنا في مرض موته فلها الاقل من الارث والدين و يدفع لها ذلك بحكم الاقرار لا بحكم الارث حتى لا تصير شريكة في اعيان التركة .

وهذا اذا كان موته قبل انقضاء العدة وطلقها بسؤالها فاذا مضت العدة قبل موته سواء كان الاقرار قبل مضيها او بعده ، جاز لعدم التهمة واذا طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار كما بيناه في طلاق المريض — بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لما اقر لها بالدين بقيا متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطى اقلها ، رداً لقصدهما ولا تهمة في الاقل . وعلى هذا اذا اوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية . ولو اقر لامرأته في مرضه بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به ، لانه اقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة .

هذا اذا كان قبل الدخول وان بعد الدخول قال الامام ظهير الدين قد

جرت العادة بمنع نفسها قبل قبض مقدار من المهر فلا يحكم بذلك القدر يعني لا يصح اقراره به اذا لم تعترف هي بالقبض . والصحيح انه يصدق الى تمام مهر مثلها ، وان كان الظاهر انها استوفت شيئاً منه ولو اقر فيه في المرض لامرأته التي ماتت عن ولد منه بقدر مهر مثلها وله ورثة اخرى لم يصدقوه في ذلك قال الامام ظهير الدين لا يصح اقراره . ولا يناقض هذا ما تقدم لان الغالب هنا بعد موتها استيفاء ورثتها او وصيها المهر بخلاف الاول اه . ولو اقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة . ثم يلتقيان قصاصاً والاقرار بالدين لا يصح اه ملخصاً من الدر وحواشيه والزيلعي وحاشيته للشلبي . والمسئلة الاخيرة منقولة من حاشية الشلبي . ويجب ان يكون المهر الذي اقرت بقبضه من الزوج هو المهر الذي شرط تأجيله الى الفرقة بالموت او الطلاق او يكون اقرارها بقبضه قبل الدخول ، لان المفتي به كما في التنوير وجامع الفصولين والحامدية والخيرية وسائر الشروح ، ان دعوى المرأة او ورثتها بما شرط تعجيله بعد الدخول بها لا تسمع لان العرف جار بانها لا تسلم نفسها قبل قبض ما شرط تعجيله فيكون العرف مكذباً لها فليحفظ

﴿ تتمة ﴾

اتفقت المتون على انه لو اقر بغلام مجهول يولد لمثله اي لمثل المقر انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو المقر مريضاً وشارك الورثة ، قال الشارحون لان النسب من الحوائج الاصلية اي فلا يحجر عنه المريض وهو ايضاً اقرار على نفسه وليس فيه ضرر على غيره قصداً فيصح . وقد افادت عبارة المتون المذكورة انه يشترط لثبوت النسب ثلاثة شروط ان يكون الغلام مجهولاً اي لا يكون له نسب معروف في بلد هو فيها سواء كانت مسقط رأسه ام لا ، لانه اذا كان له نسب معروف لا تصح دعوى نسبه اذ النسب الثابت من احد لا يقبل الفسخ الثاني ان يولد مثله لمثله اي مثل هذا الغلام لمثل هذا المريض بان يكون الرجل اكبر منه باثنتي عشر سنة ونصف والمرأة اكبر منه بتسع سنين ونصف كما في مجمع الانهر عن المضمرات وهذا لئلا يكذبه الظاهر . الثالث ان يصدقه المقر له لان الحق له فلا يثبت بدون

تصديقه . وهذا اذا كان مميزاً يعبر عن نفسه والا لم يحتج الى تصديقه لانه في يد غيره فينزل منزلة البهيمة فلم يعتبر تصديقه فاذا صح الاقرار شارك الغلام الورثة في الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب واذا لم يثبت لفقد شرط من هذه الشروط يصح اقراره له بالمال حتى لو اقر لاجنبي بمال ثم اقر ببنوته فان توفرت الشروط الثلاثة حتى ثبت النسب بطل اقراره له بالمال لانه صار وارثاً . وان لم يثبت لفقد واحد منها ، ينفذ اقراره له بالمال لانه لم يصر وارثاً لعدم صحة اقراره بالبنوة .

ثم ان المراد بالغلام الولد فيعم البنت . ثم ان الرجل سواء كان صحيحاً او مريضاً كما يصح اقراره بالولد على ما بينا ، يصح اقراره بالوالدين اي بالاب والام بالشروط المذكورة في الولد الا ان في دعواه هذا ابي يشترط ان يكون المقر مجهول النسب وان يولد مثل المقر لمثل المقر له وهذا لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير .

وكذا يصح اقراره بالزوجة بشرط خلوها عن زوج وعدته ، وبشرط ان لا يكون تحت المقر من لا يحل جمعها معها في عقد نكاحها كاختها وخالتها وعمتها ، وان لا يكون تحته اربع سواها او معه حرة واقر بنكاح الامة ، وبشرط ان تكون الزوجة صالحة لنكاحه بان لا تكون مجوسية ولا وثنية ولا محرمة عليه بالرضاع . وكذا يصح اقراره بالمولى من جهة العتاقة سواء كان المقر اعلى او اسفل اي سواء اقر انه معتوقه او عاتقه ان لم يكن ولاؤه ثابتاً من جهة غير المقر وانما صح اقراره بالزوجة او المولى لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار باحد فينفذ وان كان المقر مريضاً

واما المرأة فيصح اقرارها بالوالدين وبالزوج والمولى لان الاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل وينفذ وكذا بالولد ان شهدت قابلة او صدقها الزوج اي يقبل اقرار المرأة بالولد بهذا الشرط لان قول القابلة حجة في تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام (الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق) فاذا صدقها فقد اقر به فلزمها بالاقرار له . وهذا اذا كانت ذات زوج او معتدة له وادعت ان الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها اما اذا لم يكن

لها زوج ولا هي معتدة او كان لها وادعت ان الولد من غيره صح اقرارها لأن فيه الزاماً على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى انه ولده من امرأته لا يصدق في حقها الا بتصديقها

والقابلة ليست قيداً بل كل امرأة مثلها بشرط العدالة ولا بد من تصديق المقر له في جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم في يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيراً في يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه او عبداً له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبداً لغيره يشترط تصديق مولاه وصح التصديق من المقر له بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها يعني اذا اقر بنسب او نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه - الا اذا اقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح اما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجة فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باقٍ في حقها وهو العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتاً كما في حالة الحياة . واما الثانية وهي ما اذا اقرت المرأة بالزوجية فصدقها بعد موتها فلانه بموتها زال النكاح بعلائقه في جانبه اذ يجوز له ان يتزوج اختها او اربعاً سواها ولا يحل له ان يغسلها عندنا فالتصديق منه لا يفيد شيئاً . واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت وهذا قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى . وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها كما جاز تصديقها بعد موته لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث . والاقرار قايم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها وتمامه في الزيلعي . والمتون على قول ابي حنيفة وقدمه في الملتقى واخر دليله في الهداية فكان هو الصحيح

ولو اقر رجل او امرأة بنسب فيه تحميل على غيره كالاخ والعم والجد وابن الابن اذا كان في حياة ابيه كما في حاشية ابي السعود عن الحموي ، لا يصح الاقرار في حق غيره الا ببرهان يقيمه المقر او المقر له على المقر عليه وهو من حمل عليه النسب ويصح في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة اي ضم المقر له اليه اذا كان بنتاً يخشى عليها ، والارث اذا تصادقا

عليه اي ذلك الاقرار لان اقرارهما حجة عليهما فان لم يكن لهذا المقر وارث غيره مطلقاً لا قريباً كذوي الارحام ولا بعيداً كمولى الموالاة ورثه والا لا . لان نسبه لم يثبت فلا يزاحم الوارث المعروف . والمراد غير الزوجين لان وجودهما غير مانع . ثم للمقر ان يرجع عن اقراره وان صدقه المقر له لانه وصية من وجه . ومن مات ابوه فاقر باخ وهو يصدقه شاركه في الارث ولم يثبت نسبه لان الميراث حقه فيقبل فيه قوله . واما النسب ففي ثبوته تحميل النسب على الغير فلا يقبل فيه — فلو كان لشخص مات ابوه اخ معروف فاقر باخ آخر فكذبه اخوه المعروف اعطى المقر نصف ما في يده لان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يد المنكر كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية . ولو اقر باخت تأخذ ثلث ما في يده . ولو اقر ابن وبنت باخ وكذبهما ابن وبنت آخران ، يقسم نصيب المقرين اخماساً . ولو اقر بامرأة انها زوجة ابيه اخذت ثمن ما في يده . ولو اقر بجدة هي ام الميت اخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما اقر به . ولو اقر احد الابنين المعروفين بزوجة للميت اخذت تسعي ما في يده لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة اسهم فلما اخذ اخوه اكثر من حقه في زعمها صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر حقها وهم سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعه وله سبعة اه ملخصاً من الزيلعي والدرر وحواشيه ومجمع الانهر وتكملة الفتح لقاضي زاده

المادة ١٦٠٠ — ✱ اقرار المريض حال كونه في مرض موته بالاسناد الى زمن الصحة في حكم الاقرار في زمان المرض فلو اقر احد في مرض موته بانه قد استوفى طلبه الذي على وارثه في زمان صحته لا ينفذ اقراره ما لم يجزه باقي الورثة كذلك لو اقر احد بانه كان

قد وهب ماله الفلاني لفلان الذي هو من ورثته و كان سلمه اياه لا ينفذ اقراره ما لم يثبت ببينة او يجزه باقي الورثة ﴿

قيد الاقرار في المثالين بكونه للوارث ، لانه لو اقر في مرض موته انه قبض دينه من الاجنبي في حالة صحته ، يكون اقراره نافذاً من كل ماله لانه حكى امراً يملك استئنافه كما في جامع الفصولين وغيره ويأتي . ولو اقر بانه كان وهب في صحته ماله الفلاني لفلان الاجنبي ينفذ من ثلث ماله ، ان لم يكن مديوناً فان كان مديوناً بمحيط لا يصح الا برضى الغرماء لتعلق حقهم في جميع ماله ومثل الاقرار بانه كان وهب في صحته ، الاقرار بانه كان ابرأه عن دينه في صحته .

والحاصل ان المريض لو اقر بقبض دينه من وارثه او ابرأه منه او وهبه له لا يجوز مطلقاً الا ان تجيزه بقية الورثة . ولو كان مكان الوارث اجنبي فاقراره بقبض دينه ، صحيح من كل ماله . واما ابراوه وهبته ديناً او عيناً ، فيصحان من ثلث ماله اذ ليس للمريض ان يتبرع باكثر من الثلث . هذا خلاصة ما حققه العلامة ابن عابدين في تنقيح الحامدية موفقاً بين عبارات للفقهاء متعارضة ومعتمداً على ما في الجوهرة والبدائع واطلاق المتون والشروح . ثم ان هذه الاحكام بعينها تجري فيما اذا اقر في مرضه انه كان فعل ما ذكر في حال صحته كما افادته هذه المادة موافقاً لما في الاشباه حيث قال اقر في مرض موته بشيء وقال كنت فعلته بالصحة كان بمنزلة اقراره في المرض من غير اسناده الى زمن الصحة اه . وفي جامع الفصولين في كتاب الاقرار من احكام المرض من الرابع والثلاثين : الاصل في مسائل اقرار المريض باستيفاء الدين انه اذا اقر باستيفائه من غريم فلو كان الدين وجب له على الاجنبي في صحته ، جاز اقراره باستيفائه ، ولو عليه دين معروف سواء وجب الدين الذي اقر بقبضه بدلاً عما هو مال كثمن ، او بدلاً عما ليس بمال كبدل الصلح عن دم العمد و كالمهر ونحوه . ولو ديناً وجب في مرضه وعليه دين معروف او دين وجب في مرضه بمعاينة الشهود فلو كان دين اقر بقبضه بدلاً عما

هو مال لم يجز اقراره بقبضه ولو بدلاً عما ليس بمال جاز اقراره بقبضه ولو عليه دين معروف اه ٠

وفي الانقروية عن التتارخانية ولو كان في يد المريض عبد فاقر انه باعه من فلان في صحته وقبض الثمن ، لا يصدق في الاسناد ويكون الثمن دين المرض فلا يصدق في قبضه في حق الغرماء ، ويقال للمشتري ادفع الثمن مرة اخرى او انقض البيع ، ان كان العبد قائماً في يد المشتري ، او في يد البائع — الا اذا عرف موت العبد قبل مرض البائع ٠ ولو عرف ان البيع كان في الصحة صدق في استيفاء الثمن سواء كان في الثمن رهن او لم يكن اه

المادة ١٦٠١ — ✱ اقرار المريض بعين او دين لاجنبي اي لمن لم يكن وارثه في مرض موته صحيح وان احاط بجميع امواله ولكن ان ظهر كذب المقر بكونه قد ملك المقر به بسبب من الاسباب في وقت الاقرار وانتقل اليه ارثاً او اتهبه او اشتراه في ذلك الوقت ينظر على هذا الحال الى ان الاقرار هل كان في اثناء مذاكرة الوصية ام لا فان كان ليس في اثناء مذاكرتها يكون بمعنى الهبة فيلزم التسليم وان كان في اثناء مذاكرتها يحمل على معنى الوصية وعلى كلتا الحالتين لا يعتبر اقراره الا من ثلث ماله ✱

لان كلاً من الهبة والوصية ، تبرع ٠ والمريض مرض الموت ليس له ان يتبرع بما زاد على الثلث لتعلق حق الورثة بالثلثين ٠ ثم ان نفاذ اقراره للاجنبي من كل المال ، استحسان ٠ والقياس ان لا يصح اصلاً كما في حق الوارث او بما زاد على الثلث كتبرعاته ، لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق ورثته بالثلثين فكذا اقراره — لكن ترك بالاثر وهو ما روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما انه

قال اذا اقرض المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته والاثر في مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على انه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم (ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية) لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه وبين الجنة فيقدم على حق الغرماء كسائر حوائجه لان شرط تعلق حقهم ، الفراغ عن حقه ولذلك يقدم كفنه عليهم ولانه غير متهم في حق الاجنبي فينفذ اقراره في الجميع كالصحيح بخلاف اقراره لوارث حيث لا يصح لانه متهم لجواز ايثاره على باقي الورثة كما تقدم زيلعي بزيادة من حاشية الشلبي عليه ، قوله الغرماء — كذا في الزيلعي قال محشيه الشلبي صوابه على حق الورثة فتأمل

ثم اعلم ان حاصل المراد من قوله ولكن ان ظهر كذب المقر بكونه قد ملك الى آخر المادة هو انه اذا عُلِم كذب المقر باقراره وذلك بان كان المقر به قد دخل في ملك المقر حال اقراره يعني في المجلس الذي اقر فيه كأن اشتراه او ورثه او اتهبه فيه فاقراره المذكور لا يكون اخباراً عن ملك ثابت للمقر له في المقر به بل يحمل حينئذ على كونه انشاء . ثم ان كان الاقرار في اثناء مذاكرة وصية كان انشاء وصية ، والا كان انشاء هبة وتمليك فيشترط لصحته التسليم . وعلى كلتي الحالتين لا ينفذ اقراره الا من ثلث ماله كما هو شان تبرعات المريض . وقد ذكر صاحب التنوير في كتابه المسمى بمعين المفتي ما نصه : قال في الاصل اذا اقر الرجل في مرضه لغير وارث فانه يجوز وان احاط ذلك بماله وان اقر لوارث ، فهو باطل الا ان يصدقه الورثة وهكذا في عامة الكتب المعتبرة من مختصرات الجامع الكبير وغيرها — لكن في الفصول العمادية ان اقرار المريض للوارث لا يجوز حكاية ولا ابتداء ، واقراره للاجنبي يجوز حكاية من جميع المال وابتداء من ثلث المال اه

قلت وهو مخالف لما اطلقه المشايخ فيحتاج الى التوفيق وينبغي ان يوفق بينهما بان يقال المراد بالابتداء ما يكون صورته صورة اقرار وهو في الحقيقة ابتداء تمليك بان يعلم بوجه من الوجوه ، ان ذلك الذي اقر به ملك له وانما قصد اخراجه في صورة الاقرار حتى لا يكون في ذلك منة على المقر له او لئلا يحسد على ذلك من الورثة فيحصل منهم ايذاء في الجملة بوجه ما . واما الحكاية فهو على حقيقة الاقرار . وبهذا

الفرق اجاب بعض علماء عهدنا من المحققين اه

ثم نقل عن القنية ما يفيد ان المريض اذا اقر بعين في يده للاجنبي ، فانما يصح اقراره من جميع المال ، ان لم يكن تملكه اياها حال مرضه معلوماً — حتى امكن جعل اقراره اظهاراً فاذا علم تملكه في حال مرضه ، فاقراره به لا يصح الا من ثلث المال . وانه حسن من حيث المعنى اه اي لان اقراره حينئذٍ يحمل على التمليك فيكون الحكم فيما اذا علم تملك المقر للمقر له في مرضه ، حكم ما اذا اضاف المقر به الى ملكه فانه يكون هبة ويشترط لصحته ما يشترط في الهبة كما تقدم في المادة ١٥٩١

وقدمنا ايضاً في شرح المادة المذكورة ان صاحب التنوير ذكر في منحه بحثاً ان الاضافة التي تقتضي كون الاقرار تمليكاً — اما ان تكون صريحة او تقديرية حتى لو اقر المريض لاجنبي ولم يضفه الى ملكه لكن من المعلوم لكثير من الناس ، انه ملكه ينبغي ان يكون تمليكاً فيراعى فيه شرائط التمليك اه . وان العلامة السايحاني رد هذا البحث بان نصوص الفقهاء تشير الى عدم اعتبار ما يعهده الناس بل العبرة للفظ فان ما في البيت وما يعرف به وينسب اليه يكون معلوماً لكثير من الناس انه ملكه وقد صرحوا بانه اقرار اه فهل ما رد به السايحاني على صاحب المنح يصلح رداً لهذه المادة ، الظاهر ، لا للفرق بين ما يعهده كثير من الناس بسبب معاينتهم يد المقر وبين ما يعلمونه قطعاً بسبب دخول المقر به في ملك المقر في مجلس الاقرار فان هذا علم لا يحتمل الخطأ بخلاف العلم المبني على مجرد معاينة اليد فانه يحتمله كما لا يخفى

ثم ان ما اطلقته المتون والشروح من نفاذ اقرار المريض لاجنبي من كل ماله ، مقيد بما اذا لم يعلم قطعاً انه اراد بالاقرار الهبة او الوصية بان ورث او اشترى او اتهب في مجلس اقراره عملاً بما في الفصولين والعمادية من ان اقرار المريض لاجنبي يجوز حكاية من كل المال — وابتداء من ثلث المال

والحاصل ان ما ذكره صاحب التنوير في منحه ومعينه ورده السايحاني ، هو ان اطلاق المتون والشروح صحة اقرار المريض للاجنبي من كل المال ، مقيد بما اذا لم يعلم ان المقر به ملك المقر ولو بالشهرة بين اكثر الناس بناء على معاينة

اليد، وما ذكر في هذه المادة هو ان الاطلاق المذكور مقيد بما اذا لم يعلم ان المقر به قد دخل في ملك المقر في مجلس اقراره بنحو هبة او ارث اوشراء . ولا شك ان هذا التقييد لا بد منه لان العلم به يفيد العلم القطعي بان المقر اراد بهذا الاقرار انشاء هبة او وصية كما تفيده اضافة المقر به الى ملكه وهذا معنى كلام الفصولين والعمادية المار ولان الاقرار انما يكون اخباراً اذا احتمل التصديق والتكذيب والاخبار بكون المقر به ملك المقر له مع انه دخل في ملك المقر حال الاقرار، لا يحتمل التصديق اصلاً فكيف يمكن اعتباره اخباراً . وعن هذا افتى في الخيرية في جوب سؤال، ان قول البنت كل ما في يدي لوالدي بعد ان قال لها الاب لا ادخلك على الزوج ما لم تقري بجميع ما تملكينه لي هو هبة فتشرطها في الموهوب ان يكون مقبوضاً غير مشاع مميزاً غير مشغول اه اي لان قول الاب لها ذلك قرينة على ان المقر به ملك المقر وانه يفيد باقراره الهبة هكذا ينبغي تحرير هذا المحل والحمد لله عز وجل .

المادة ١٦٠٢ ✻ ديون الصحة مقدمة على ديون المرض يعني تقدم الديون التي تعلقت في ذمة من كانت تركته غريمة في حال صحته على الديون التي تعلقت بذمته في مرض موته باقراره وهو انه تستوفي ديون الصحة من تركة المريض ثم تؤدى ديون المرض ان بقيت فضلة ولكن الديون التي تعلقت بذمة المريض باسباب معروفة اي اسباب مشاهدة ومعلومة عند الناس غير الاقرار كالشراء والاستقراض واتلاف مال فهي في حكم ديون الصحة واذا كان المقر به شيئاً من الاعيان فحكمه على هذا المنوال ايضاً يعني اذا اقر احد لاجنبي باي شيء كان في مرض موته لا يستحقه المقر له ما لم تؤد ديون الصحة او الديون التي هي في حكم ديون الصحة وهي التي لزمت باسباب معروفة كما

ذكر آنفاً ❊

حاصل المسئلة انه اذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون لزمته في في صحته سواء لزمته باسباب معروفة او بمجرد الاقرار في الصحة وسواء كانت للوارث او لاجنبي ، وديون لزمته في مرض موته باسباب معلومة من القرض والشراء والتزوج بمهر المثل ، وقد عاين الشهود هذه الاسباب فدين الصحة والديون المعروفه الاسباب ، مقدم على ما اقر به في مرضه ، ولو كان ما اقر به وديعة لان المريض محجور عن الاقرار بالدين مالم يفرغ عن دين الصحة . فالدين الثابت باقرار المحجور لا يزاحم الدين الثابت بلا حجر . وانما ساوت ديون المرض المعروفة الاسباب لديون الصحة لانها وجبت باسباب معلومة لا مرد لها وبثبوت السبب انتفت التهمة — نعم يقدم الدين الذي اقر به في مرضه على الارث

فاول ما يوفى من تركة الميت الديون التي لزمته في صحته والديون التي لزمته في مرضه باسباب معروفة . ثم اذا فضل في التركة شيء يوفى منها الدين الذي اقر به في مرضه فان فضل شيء قسم بين الورثة . وانما قيد التزوج بمهر المثل لان الزيادة عليه باطلة الا ان تجيزها الورثة لانها وصية للزوجة الوارثة وان كان النكاح صحيحاً . وانما جعل المهر من الدين الذي يجب تقديمه لان النكاح من الحوائج الاصلية كالمأكل والملبس وثمن الادوية واجرة الطبيب واجرة المسكن .

فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة او المرأة آيسة وكان لا يحتاج اليها بسبب ان له نساء وجواري ينبغي ان لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية بل من التبرعات . قلنا النكاح في اصل الوضع من الحوائج والعبرة للاصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها لبنى الامر عليها اشير له في الاسرار افاده في الدر وحواشيه والكنز وشروحه .

❊ فرع ❊

قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي : ولو مرض

وفي يده الف درهم لا مال له غيره وليس عليه دين الصحة فاقر بدين الف درهم ثم اقر بان الالف التي في يده وديعة لفلان او مضاربة ، ثم اقر بدين الف درهم ثم مات ، قسمت الالف بينهم اثلاثاً لانه لما اقر بالدين اولاً فقد تعلق حق الغرماء بالالف التي في يده فاذا اقر بانها وديعة فقد اقر بانها وديعة مستهلكة لانه لا يمكنه التسليم الى المقر له فيكون اقراراً بالدين معنى . والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق . ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لي قبل الميت او قد ابرأته من ديني ، كانت الالف بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين لان البراآة وجدت بعد تعلق الكل فلا يتغير الحكم ولا يبطل حق الآخر بابراء الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه اكذبه في الاقرار ورده ، كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة لانه بالاكذاب تبين انه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالوديعة بعينها سابقاً على الاقرار بالدين فيسبقه في التعلق لما بينا كذا في حاشية الشلبي عن الاتقاني عن شرح الكافي . وفي حاشية (ط) عن الحموي لو اقر المريض بدين ثم بوديعة ، تحاصا لانه لما بدأ بالاقرار بالدين تعلق حق الغريم بالالف التي في يده فاذا اقر انها وديعة ، يريد ان يسقط حق الغريم عنها ، فلا يصدق الا انه قد اقر بوديعة تعذر تسليمها بفعله فصارت كالمستهلكة فتكون دينا عليه فيساوي الغريم الآخر في الدين . ولو اقر بوديعة ثم بدين ، فصاحب الوديعة اولى بها لانه لما بدأ بالوديعة تملكها المقر له بعينها فاذا اقر بدين لم يجز ان يتعلق بمال الغير اه .

وفي التكملة : واقراره بمال في يده انه بضاعة او مضاربة حكمها مساو للوديعة كما في البدايع اه .

وفي الهندية دين الصحة مقدم على الوديعة التي يقر بها في المرض اه وفيها عن الخلاصة رجل اقر في صحته انه غصب من رجل جارية ثم قال في مرض موته هي هذه ولا مال له غيرها وعليه دين فهذا جايز وهو مصدق و كذا لو اقر في صحته ان لفلان عنده الف درهم وديعة ثم قال في مرض موته هي هذه الالف بعينها اصدقه واجعل صاحب الوديعة اولى من صاحب الدين اه .

المادة ١٦٠٣ - اذا اقر احد في مرض موته بكونه قد

استوفى طلبه الذي في ذمة اجنبي ينظر ان كان هذا الدين تعلق في ذمة الاجنبي حال المرض يصح اقراره ولكن لا ينفذ في حق غرماء الصحة وان كان تعلق في حال الصحة فيصح على كل حال يعني سواء كانت عليه ديون صحة او لم تكن مثلاً لو اقر المريض حال مرضه بانه قبض ثمن المال الذي باعه في ذلك الحال يصح اقراره ولكن اذا كان له غرماء صحة فلهم ان لا يعتبروا هذا الاقرار وان باع مالاً في حال صحته واقر بقبض ثمنه في مرض موته يصح على كل حال وان كان له غرماء صحة فليس لهم ان يقولوا لا نعتبر هذا الاقرار ☼

موضوع هذه المادة ان الغريم الذي اقر المريض باستيفاء دينه منه ، اجنبي كما هو صريح قوله في ذمة اجنبي . اما لو كان وارثاً للمريض فلا يصح اقراره باستيفائه سواء وجب هذا الدين في حال الصحة او في حالة المرض وسواء كان عليه دين الصحة او لم يكن حتى لو كان الدين وجب على الوارث في حال صحة المقر واسند في مرضه القبض الى حال الصحة ، كان كما لو اقر بقبضه حالة المرض كما تقدم في المادة ١٦٠٠ وانظر ما كتبناه في شرحها . وعبارة الهندية ابسط مما هنا ونصها : اذا اقر المريض باستيفاء دين وجب له على غيره فاما ان يكون الدين وجب بدلاً عما هو مال بان اقرض او باع حتى وجب الثمن في ذمة المشتري ومثل القرض في ذمة المستقرض ، واما وجب عما ليس بمال كالمهر وبدل الخلع واشباه ذلك فان كان بدلاً عما هو مال ، والغريم اجنبي ، صح اقراره بالاستيفاء اذا كان الوجوب في حال الصحة سواء كان عليه دين الصحة او لم يكن وان كان الوجوب في حال المرض لا يصح الاقرار بالاستيفاء في حق غريم الصحة اذا كان عليه دين الصحة .

وهذا اذا علم وجوبه في حالة الصحة بالبينة فاما اذا لم يعلم ذلك الا بقول

المريض وقول من داين معه بان قال المريض لرجل بعينه قد كنت بعتك هذا العبد في صحتي بكذا وانت قبضت العبد وانا استوفيت الثمن وصدقه في ذلك المشتري ولا يعرف ذلك الا بقولهما فان كان العبد قائماً في يد المشتري او في يد البائع وقت الاقرار ، او كان هالكاً وقت الاقرار الا انه عرف قيامه وحياته في اول المرض او لا يدري انه هلك في حالة المرض او في حالة الصحة ، ففي هذه الوجوه كلها لا يصح اقرار المريض بالاستيفاء اذا كذبه في ذلك غرماء الصحة . وان علم ان العبد هلك في حالة الصحة صح اقراره به . وان كان الغريم وارثه فلا يصح اقراره بالاستيفاء سواء وجب في حالة المرض او في حالة الصحة وسواء كان عليه دين الصحة او لم يكن واذا وجب الدين بدلاً عما ليس بمال والغريم اجنبي فاقر بالاستيفاء في حالة المرض صح الاقرار سواء وجب هذا الدين في حالة الصحة او في حالة المرض وسواء كان عليه ديون الصحة او لم تكن . واذا وجب بدلاً عما ليس بمال والغريم وارث ، لا يصح اقرار المريض بالاستيفاء سواء وجب هذا الدين في المرض او في حالة الصحة اه . بتصرف قليل ولا تنس ما قدمناه في شرح المادة ١٥٩٨ عن جامع الفصولين من ان المريض اذا اقر بقبض دينه من الاجنبي لا يصح اذا كان وارث المريض كفيلاً له لان برائة الاصيل توجب برائة الكفيل فكأنه اقر بقبضه من الوارث . و كذا اذا كان الاجنبي كفيلاً عن الوارث لا يصح اقرار المريض بقبض الدين منه ولا من الاصيل الوارث - و كذا لا يصح لو اقر بقبض الدين من اجنبي يتطوع عن الوارث بقضاء الدين كما تقدم هناك عن الخانية . وهذا كله في اقرار المريض بقبض دينه . بقي ما لو ابرأ المريض غريمه بغير قبض ففي الخانية ان ابرأ الوارث ، لا يصح ابراؤه اصيلاً كان الوارث او كفيلاً وان ابرأ الاجنبي فان كان الاجنبي كفيلاً عن الوارث صح ابراؤه كانت الكفالة بأمر او بغير امر . وان ابرأ الاجنبي ، ووارثه كفيل ، لا يصح ابراؤه لان ابراء الاصيل ابراء الكفيل . ولو ان المريض قبض المال من وارثه الذي عليه الدين او من الذي تبرع عن الوارث بمعاينة الشهود جاز قبضه لانتفاء التهمة عن القبض المعاين اه

وقوله صح ابراؤه اي الاجنبي يعني من الثلث فان كان للميت مال يخرج

ذلك من ثلثه ، فالابراء صحيح ولا سبيل على الكفيل والدين على الوارث على حاله . وان لم يكن للميت مال غيره يصح الابراء من ثلثه وللورثة الخيار في ثلثي الالف الدين ان شاؤا اخذوه من الاصيل الوارث وان شاؤا اخذوه من الكفيل . والثلث الباقي يؤخذ من الاصيل لا غير افاده في الهندية . وذكر في الخانية : ولو ان رجلاً وكل رجلاً ببيع عبده فباعه الوكيل من وارث الموكل ثم مرض الموكل واقر بقبض الثمن من وارثه ، او اقر ان الوكيل قبض الثمن ودفعه الى الموكل ، لا يصدق . وان كان المريض هو الوكيل والموكل صحيح فاقر الوكيل انه قبض الثمن من المشتري وجحد الموكل صدق الوكيل ولو كان المشتري وارثاً للوكيل والوكيل والموكل مريضان فاقر الوكيل بقبض الثمن ، لا يصدق لان مرض الوكيل يكفي لبطلان اقراره لوارثه بالقبض فمرضهما اولى اه .

المادة ١٦٠٤ — ليس لاحد ان يؤدي دين احد غرمائه في مرض موته ويبطل حقوق باقيهم ولكن له ان يؤدي ثمن المال الذي اشتراه او القرض الذي استقرضه حال كونه مريضاً

قوله ويبطل حقوق باقيهم معطوف على قوله يؤدي عطف اللازم على الملزوم لان ايفاء دين الغرماء يلزم منه ابطال حقوق الباقين فيما اداه فيمنع من ذلك . ثم ان هذه المسئلة من متعلقات المسئلة المذكورة في المادة السابقة وهي ان غرماء المرض باسباب معروفة ، يشاركون غرماء الصحة — فافادت هذه المادة ان تلك الديون الثابتة باسباب معروفة ، نوعان نوع لو قبضه الداين من المريض في مرضه يستقل به وليس للباقين ان يشاركوه فيه وذلك كثمن مبيع اشتراه المريض بثمن المثل في مرضه وثبت شراؤه بالبينة ، وبدل قرض استقرضه المريض في مرضه وثبت ايضاً بالبينة فان هذا النوع اذا قضاه المريض في مرضه يجوز وليس لبقية الغرماء ان يشاركوه فيه

ونوع لو قبضه الداين من المريض في مرضه لا يجوز ويسوغ لبقية الغرماء ان

يشاركوه فيه وذلك كمهر امرأة تزوجها في مرضه واجرة دار استأجرها في مرضه فان هذا النوع اذا قضاه المريض لا تستقل به المرأة ولا المؤجر بل يسوغ لبقية الغرماء ان يحاصوهما في المقبوض

قال في تكملة الفتح معزياً للنهاية وذكر في الذخيرة فأن قضى المريض ديون هؤلاء هل لغرماء الصحة ان يشاركوهم فيما قبضوا — قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والآجر ، لان المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق الغرماء الباقين لان غرماء الصحة تعلق حقهم في معنى مال المريض لا في اعيانه وهذا لا يكون ابطالاً لحقهم — بل كان نقلاً لحقهم وله ولاية النقل . الا ترى انه لو باع ماله ليوفي حقوقهم كان له ذلك . فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجر ، ابطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماليته لان ما وصل اليه من المنفعة لا يصلح لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه ، بمنزلة واحدة فكان ابطالاً لحقهم وليست له ولاية الابطال اه

﴿ تنبيه ﴾

التقييد بكون المبيع والقرض ثابتاً بالبينة لانه لو لم يثبت الا باقرار المريض كان من دين المرض فيتأخر عن ديون الصحة وما الحق بها فلا يسلم للبائع والمقرض ما قبضاه من المريض ويكون جميعه لغرماء الصحة حتى يستوفوا جميع ديونهم كما مر . والتقييد بكون المريض قد دفع ثمن ما اشتراه في مرضه او بدل ما استقرضه فيه لانه لو لم يدفعه حتى مات يكون البائع او المقرض اسوة الغرماء الا في صورة البيع اذا كان المبيع باقياً في يد البائع فانه حينئذ يباع ويقضى من ثمنه ما له فان زاد رده في التركة وان نقص حاصص بنقصه كما تقدم في المادة (٢٩٦) والتقييد بكون الثمن الذي اشترى به المريض ثمن مثل القيمة ، لانه لو كان اشتراه باكثر من ثمن المثل تكون الزيادة تبرعاً فهي وصية لا تنفذ اذا كانت التركة مستغرقة . والا تنفذ من الثلث . هذا وزعم في تكملة رد المحتار ان عدم سلامة المقبوض للموجر ، مقيد بما اذا كانت منفعة المأجور مستوفاة قال :

واما اذا كانت الاجرة مشروطاً تعجيلها وامتنع المؤجر من تسليم العين المأجورة حتى يقبض الاجرة فهي كمسئلة المبيع الذي امتنع البائع من تسليمه حتى يقبض ثمنه اه. وهي التي ذكرناها قريباً . وذكر الشارح اللبناني بلا عزو جميع عبارة التكملة الا في التشبيه حيث قال فهي كمسئلة ثمن المبيع الآتية في الفقرة الآتية يعني بذلك قول المجلة في هذه المادة : ولكن له ان يؤدي ثمن الذي اشتراه لاخر المادة .

ولا يخفى ان كلاً من الكلامين غلط فاحش والتشبيه الثاني افحش غلطاً من الاول لان الاجرة المدفوعة للمؤجر اذا لم تسلَم له مع استيفاء المريض المنفعة فلأن لا تسلم له عند عدم استيفائه المنفعة من باب اولى . وهذا لان المريض المستأجر اذا مات قبل ان يستوفيها فقد انفسخت الاجارة بموته فتصير الاجرة المدفوعة للمؤجر ديناً في ذمته اي المؤجر للتركة المتعلقة بها حقوق الغرماء فما معنى كون المسئلة حينئذ كمسئلة ثمن المبيع الذي لم يدفعه المريض حتى مات او كمسئلة ثمن المبيع الذي اشتراه المريض ودفع ثمنه في مرضه فتدبر وتنبه

المادة ١٦٠٥ — ✵ الكفالة بالمال في هذا المبحث في حكم الدين الاصلي بناء عليه لو كفل احد دين وارثه او طلبه في مرض موته لا يكون نافذاً واذا كفل للاجنبي يعتبر من ثلث ماله . واما اذا اقر في مرض موته بكونه قد كفل في حال صحته فيعتبر اقراره من مجموع ماله ولكن تقدم دون الصحة ان وجدت ✵

يعني ان كفالة المريض بالمال لها حكم اقراره بالمال فلا تنفذ كفالته بدين لوارثه على اجنبي او لاجنبي على وارثه — الا باجازة باقي ورثته . وتصح كفالته بدين لاجنبي على اجنبي من ثلث ماله ان لم يكن عليه دين الصحة . فان عليه دين الصحة ، تبطل ان كان محيطاً والا تنفذ من ثلث ما يبقى . وان اقر في مرضه انه كان

كفل في صحته ، كانت كدين المرض فيتأخر عن دين الصحة وعن دين المرض المعروف السبب وان كان ينفذ من كل المال قال في ٣٤ من جامع الفصولين في كتاب الكفالة من احكام المرضى : مريض كفل عن وارثه او له تبطل (وجع) كفالة المريض تعتبر من الثلث ولو اقر في مرضه انه كفل في صحته تعتبر من كل ماله اه وقدمنا في شرح المادة ٦٢٨ عن الخلاصة والبزازية كفالة المريض على ثلاثة اوجه في وجه كدين الصحة بان كفل حال الصحة وعلق ذلك بسبب وحصل ذلك في المرض بان قال ما ذاب لك على فلان فعلي او ما وجب لك على فلان فعلي فثبت له على فلان في المرض . وفي وجه بمنزلة دين المرض بان اخبر في المرض اني كنت كفلت لفلان في حال الصحة لا يصدق في حق غرماء الصحة والمكفول مع غرماء المرض وفي الاول مع غرماء الصحة . وفي وجه كسائر الوصايا بان انشاء الكفالة في المرض الذي مات فيه اه :

ولو كفل ولا دين عليه ثم اقر بدين محيط لاجنبي ثم مات فالمقر له اولى بتركته من المكفول له وان لم يحط فان كانت الكفالة تخرج من ثلث ما بقي بعد الدين صحت كلها والا فبقدر الثلث اه كذا في رد المحتار اول كتاب الكفالة معزيا للتتارخانية

وانظر ما وجه قوله فالمقر له اولى بتركته من المكفول له مع ان كلاً من الدين المقر به والدين المكفول دين المرض فلا ينفذ الا من الثلث . ويمكن ان يراد بالدين المقر به ان يكون معروف السبب في المرض فهو ملحق بدين الصحة كما مر فتأمل ولا تقل ان هذا بحث في المنقول فان ما ذكرناه ايضاً قد اتفقت عليه كلمة الفقهاء ومن المقرر ان المطلق يجب حمله على المقيد

وفي الخانية من الكفالة رجل كفل في صحته فقال ما اقر به فلان لفلان فهو علي ثم مرض الكفيل وعليه دين محيط بماله فاقر المكفول عنه ان لفلان عليه الف درهم ، لزم المريض جميع ذلك من جميع ماله . وكذا لو اقر المكفول عنه بذلك بعد ما مات الكفيل لزم الكفيل ويحاص المكفول له غرماء الكفيل اه اي لان المكفول له ايضاً غريم صحة فلو كان كل منهم غريم مرض كما في مسئلة التتارخانية السابقة ، لتحاصا

﴿ فروع ﴾

رجل مات وعليه دين لرجل فقال الداين قبضت منه في صحته الالف التي كانت لي عليه وقال غرماء الميت لا بل قبضت في مرضه الذي مات فيه ولنا حق المشاركة فيما قبضت منه قالوا أن كانت الالف المقبوضة قايمة شاركوه فيها لان الاخذ حادث فيحال الى اقرب اوقاته وهو حالة المرض . وان كانت الالف المقبوضة هالكة ، لا شيء لغرماء الميت قبله لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لايجاب الضمان فحال قيام الالف هو يدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً للميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد هلاك المقبوض حاجة الغرماء الى ايجاب الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم خانية اي فعليهم البينة ان القبض كان في المرض ليجب الضمان عليه . ولو اقر المريض ان لفلان قبله حقاً فصدقوه بما قال ثم مات المريض فان ابا حنيفة رحمه الله تعالى قال يصدق الطالب فيما بينه وبين الثلث واستحسن ذلك فان ادعى اكثر من ذلك حلف الورثة على علمهم فاذا حلفوا اخذ الثلث فان اقر المريض بدين مسمى مع ذلك كان الدين المسمى اولى بما تركه كله . ولو لم يقر بدين واوصى بثلث ماله لرجل فالوصية المساة اولى ويقال للورثة اقروا له في الثلثين بما شئتم ويقال للموصى له بالثلث اقر له في الثلث بما شئت فاي الفريقين اقر بشيء يؤخذ به ويحلف على الباقي هندية

وفيها وان مات وترك ثلاثة بنين وله على احدهم الف درهم فاقر في مرضه بقبضه وصدقه الابن الغريم واخ وكذبه الثالث ، يرىء الابن الغريم من ثلثيه ثلثه وثلث المصدق وغرم ثلث المنكر . ولو ترك الميت الفاً آخر اقتسموا بينهم اثلاثاً الثلث للمكذب وبقي ثلثان للمصدق والغريم فيأخذ الابن الغريم ثلثاً بحكم دينه وبقي ثلث آخر فيقسم بينهما نصفين اه وتمامه فيها

- الباب الرابع -

﴿ في بيان الاقرار بالكتابة ﴾

المادة ١٦٠٦ — ﴿ الاقرار بالكتابة كالاقرار باللسان
راجع المادة ٦٩ ﴾

وهي الكتاب كالخطاب قال في الهندية من الباب الثاني من كتاب الاقرار، الاقرار بالكتابة على وجوه منها ان يكتب على وجه لا يكون مستبينا بان كتب على الهواء او على الماء او على الجمد لا يجب به شيء ، وان اشهد عليه ومعنى قوله اشهد عليه ان يقول لجماعة اشهدوا علي بهذا ولم يقرأ عليهم ذلك اما اذا قرأ عليهم ذلك يلزمه المال وحل لمن سمع ان يشهد عليه بذلك وهكذا في الذخيرة . ومنها ان يكتب على وجه يكون مستبينا وانه على وجوه منها كتاب الرسالة وهو ان يكتب على بياض ويصدره بالتسمية ثم بالدعاء ثم يبين المقصود فيكتب ان لك علي الف درهم من قبل هذا ، يكون اقراراً استحساناً ويحل لمن عاين كتابته ان يشهد عليه بذلك بشرط ان يعلم الشاهد ما كتب اشهده على ذلك ام لم يشهده هكذا في المحيط . ولو كتب رسالة من فلان الى فلان : اما بعد فانك كتبت الي اني ضمنت لك من فلان الف درهم لم اضمن لك الفاً انما ضمنت لك خمسماية وعنده رجلان شهدا كتابته ثم محى كتابته فشهدا عليه بذلك لزمه وان لم يقل لهما اشهدا ولا اختما . وكذلك الطلاق والعتاق وكل حق يثبت مع الشبهات كذا في المبسوط . ان كتب على وجه الرسالة في تراب او خرقة اونحوهما لم يكن ذلك اقراراً ولا يحل لهم ان يشهدوا عليه بذلك المال الا ان يقول اشهدوا علي بهذا المال كذا في فتاوى قاضي خان . ولو كتب غير مرسوم على القرطاس مستبينا ان لفلان عليه

حقاً كذا لا يجوز الا اذا قال اشهدوا بما كتبت فيجوز لهم ان يشهدوا كذا في محيط السرخسي ٠

ومنها كتاب صك اذا كتب الرجل ذكر حق على نفسه بشهادة قوم او كتب وصية ، ثم قال اشهدوا بهذا لفلان علي ولم يقرأ عليهم الصك ولم يقرأوه عليه ، فهذا جايز اذا كتب بين ايديهم او أملاه على انسان ٠ وان لم يحضروا كتابته ولا املاه لم تجز شهادتهم كذا في المبسوط ٠ وان كتب الصك نفسه بين قوم ولم يقرأ عليهم ولم يقل اشهدوا علي ذكر في الكتاب انه لا يكون اقراراً حتى لا يحل لهم ان يشهدوا عليه بذلك المال وقال القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله تعالى ان كان المكتوب مصدراً مرسوماً نحو ان يكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما اقر فلان بن فلان على نفسه لفلان بالف درهم وعلم الشاهد بما فيه ، وسعه ان يشهد عليه بالمكتوب وان لم يقرأ عليه وان لم يشهدهم ٠ ولو انه كتب الصك وقرأ على الشهود حل لهم ان يشهدوا بذلك المال وان لم يقل اشهدوا كذا في فتاوى قاضي خان ٠ ولو ان غير الكاتب قرأ عليه الكتاب بين يدي الشهود ، وقال الكاتب اشهدوا علي بما فيه كان اقراراً وان لم يقل اشهدوا لا يكون اقراراً — كذا في خزانة المفتين اه

المادة ١٦٠٧ - *امر احد آخر بان يكتب اقراره هو اقرار حكماً بناء عليه لو امر احد كاتباً بقوله اكتب لي سنداً يحتوي اني مديون لفلان بكذا دراهم ووضع فيه امضائه او ختمه يكون من قبيل الاقرار بالكتابة كالسند الذي كتبه بخط يده*

عبارة الدرر والغرر هكذا الامر بكتابة الاقرار اقرار حكماً يعني لو قال للصكاك اكتب لفلان خط اقراري بالف علي ، يكون اقراراً ويحل للصكاك ان يشهد عليه بالمال — وكذا لو قال اكتب بيع هذه الدار

يكون اقراراً بالبيع كتب او لم يكتب . ولو قال للصكاك اكتب طلاق امراتي تطلق كتب او لم يكتب كذا في العادية

وانما قال حكماً لان الامر انشاء والاقرار اخبار فلا يكونان متحدين حقيقة بل المراد ان الامر بالكتابة اي كتابة الاقرار اذا حصل ، حصل اه .

ومثله في التنوير وشرحيه الدر والمنح واشار اليه في الخانية ايضاً فقد ظهر ان الامر بكتابة الاقرار ليس من الاقرار كتابة بل هو من الاقرار لساناً فقوله هنا ووضع فيه امضاءه الخ ليس شرطاً في كون امره بالاقرار اقراراً لما سمعت من ان الاقرار حصل بمجرد الامر بكتابته كتبه المأمور او لم يكتبه نعم تكون المسئلة من نوع الاقرار كتابة لو لم يتكلم بشيء و كتب بخطه صك اقراره بالف مثلاً لفلان وكان الصك مصدراً مرسوماً على ما سيأتي بيانه في المادة (١٦٠٩) وشرحها .

والظاهر ان من هذا النوع مالو كان الصك مكتوباً بخط الداين او خط كاتبه او غيره الا ان المديون في اخره كتب بخطه امضائه بلفظ المقر بما فيه فلان فان كتابته المذكورة اقرار بالدين الذي تضمنه الصك على ما جرت به العادة في زماننا . وعليه لو كانت كتابته المذكورة بحضرة شهود حل لهم ان يشهدوا عليه باقراره المذكور ، وان لم يقرأه عليهم او يقل اشهدوا علي بما فيه اذا كانوا عالمين بما فيه وكان مصدراً مرسوماً على ما قاله القاضي الامام ابو علي النسفي كما قدمناه في شرح المادة السابقة عن الهندية معزياً لفتاوى قاضيخان .

ثم ان قوله في هذه المادة ووضع امضاءه او ختمه يقتضي ان وضع ختمه وحده يكفي في كونه من قبيل الاقرار بالكتابة وان كان السند والامضاء بخط غيره وفيه وقفة فاني لم ار احداً من الفقهاء ذكر ان الخاتم وحده يكون من الاقرار كتابة نعم ذكره في رد المحتار مقروناً مع الخط وعبارته فاذا كتب وصولاً او صكاً بدين عليه وختمه بخاتمه المعروف فانه في العادة يكون حجة عليه بحيث لا يمكنه انكاره ولو انكره يعد بين الناس مكابراً اه

وانت تعلم ان الخاتم قد ينتقل ويتحول عن صاحبه بنحو ضياع او سرقة بل شاهدنا من كبس انملة من اناملة فوق كاغد ممهور بختم ثم كبس بتلك الانملة

فوق كاغد آخر فصار مختوماً طبق الختم الاول فبالختم وحده كيف يحصل العلم ببراءة السند من شائبة التزوير وشبهة التصنيع ولهذا لا يعتبر تجار زماننا الختم اصلاً وانما يعتبرون خط الامضاء وحده نعم للختم اعتبار في معاملات الحكومة فليتأمل في هذا

المادة ١٦٠٨ — ✻ القيود التي هي في دفاتر التجار المقيد بها هي من قبيل الاقرار بالكتابة ايضاً مثلاً لو كان احد التجار قد قيد في دفتره انه مديون لفلان مقدار كذا يكون قد اقر لذلك بدين مقدار ذلك ويكون معتبراً ومرعياً كاقراره الشفاهي عند الحاجة ✻

الظاهر ان المراد من التجار كل من يبيع ويشتري ويدين ويستدين ، وان كان ذا صنعة كحداد ونجار وصايغ وفلاح بدليل انهم اطلقوا لفظ البياع في قولهم يعمل بما يكتبه البياع او الصراف او السمسار في دفتره مما هو عليه ، وان المراد بكون الدفاتر معتداً بها ان تكون موضوعة لكتابة ماله على الناس وما للناس عليه حفظاً لذلك من النسيان وان لا يكتب فيه شيئاً على سبيل التجربة للخط او على سبيل اللهو او اللعب وان تكون مكتوبة بخطه لا بخط غيره وخالية من شائبة الشبهة والتزوير ، لا ان تكون منمرة ومنقولة من دفاتر يومية ولها دفتر كبير يسمونه بدفتر الجنزير ونحو ذلك مما لا يعرفه الا مهرة الكتاب وكبار التجار .

ثم ان المثال المذكور في هذه المادة يشير الى ان المحرر في دفتر التاجر يعني البياع انما يعمل به فيما يكتبه على نفسه لا فيما يكتبه لنفسه . وهذا هو المراد كما في رد المحتار وتنقيح الحامدية وغيرهما ، لان هذا من قبيل الدعوى على الغير كتابة لا من قبيل الاقرار كتابة وهو ظاهر قال في رد المحتار . قال في الخزانة : صراف كتب على نفسه بمال معلوم وخطه معلوم بين التجار واهل البلد ثم مات فجاء غريمه يطالب الورثة وعرف الناس خط الميت يحكم به في تركته ان

ثبت انه خطه وقد جرت العادة بين الناس بمثله حجة اه . قال (ط) بعد ذلك وافاد ان خطه المعروف يعمل به وان كان في غير دفتره اه. وهو كلام وجيه فان اطلاق الخزانة . وكذا غيرها من الكتب المعتبرة يقتضي ذلك فما ذكره العلامة ابن عابدين في رد المحتار من قوله ويجب تقييده ايضاً بما اذا كان دفتره محفوظاً عنده فلو كانت كتابته فيما عليه في دفتر خصمه فالظاهر انه لا يعمل به خلافاً لما بحثه الطحطاوي لان الخط مما يزور اه ، فيه نظر فان ما ذكره (ط) ليس بحثاً وانما هو مقتضى اطلاقهم وقد تقرران المطلق يبقى على اطلاقه حتى يوجد نص صريح يوجب تقييده . فمن قيده بما ذكر ، هو المطالب بالنص وكيف يصح ما قاله ، وقد ذكر قبل هذا انه يعمل بالخط اذا كان على وجه الرسالة مصدراً معنوناً وكذا اذا كتب على نفسه صكاً على الرسم والعادة فان كلاً من الكتاب المرسل المعنون والصك الذي يكتب على الرسم والعادة انما يكون في يد الخصم فكما لا يشترط في هذين ان يكونا محفوظين عنده ، كذلك لا يشترط ذلك فيما كتبه في دفتر خصمه . واما تعليله لذلك بان الخط مما يزور فمدفوع من وجوه

منها ان امكان تزوير الخط نادر قلما يقع وهو اندر من امكان تزوير الشهود — على ان هذا التعليل ، وارد ايضاً على مسئلتي المكتوب على وجه الرسالة والصك المكتوب على الرسم والعادة فلماذا عملوا بهما ولم يقولوا ان الخط مما يزور

ومنها ان هذا التعليل لا يصح هنا لان المسئلة مفروضة فيما اذا كان مقراً بان الخط خطه وانما يصح اذا كان منكراً كون الخط خطه على ما سيأتي بيانه في المادة (١٦١٠) وشرحها

ومنها ان المتأخرين عللوا المسئلة بجريان العرف والعادة كما سمعت وقد نقل هو يعني العلامة ابن عابدين عن العلامة العيني ان البناء على العادة الظاهرة ، واجب وان العمل بالخط في الحقيقة انما هو لموجب العرف لا بمجرد الخط وقد جرى العرف كثيراً ان بعض الناس يشتري من البياع بضاعة بثمن غير مقبوض ويكتب ذلك على نفسه في دفتر البياع ويمضيه اعتياضاً بهذا عن كتب الصك المعتاد .

وانما قلنا ان الدفاتر المعتد بها هي ما كانت بخط صاحبها التاجر لانها لو كانت

بخط كاتبه لا يكون معتمداً بها فيما عليه ايضاً كما جزم به في رد المحتار وعبارته :
وكذا لو كان له كاتب والدفتر عند الكاتب لاحتمال كون الكاتب كتب ذلك عليه بلا علمه فلا يكون حجة عليـه اذا انكره اوظهر ذلك بعد موته وانكرته الورثة اه وذكر مثله في التنقيح

اقول ويفهم من قوله والدفتر عند الكاتب ومن قوله وقد كتبه عليه بلا علمه ، انه لو كان الدفتر محفوظاً عنده اي التاجراو كان عالماً بما كتبه الكاتب عليه يكون حجة عليه ولا يذهب عليك ان موأخذة التاجر بخطه فيما عليه ، مبني على قولهم ان الاقرار كما يكون باللسان يكون بالبنان وحينئذٍ لا فرق في عدم موأخذة التاجر فيما كتبه عليه الكاتب في دفتره بين ان يكون الدفتر محفوظاً عند الكاتب او عنده وبين ان تكون كتابة الكاتب بغير علم التاجر او بعلمه وهو ساكت لان كتابة الكاتب ببنانه لا تزيد على اقراره بلسانه ولو اقر الكاتب صريحاً ان على التاجر لفلان دين كذا والتاجر ساكت ، لا يوأخذ به لانه اقرارٌ على الغير فكذا لو كتبه عليه ببنانه اللهم الا اذا ثبت انه امر الكاتب بكتابته او املاه عليه فانه حينئذٍ يكون اقراراً منه باللسان حكماً كما تقدم في المادة السابقة فتدبر .

﴿ تنبيـه ﴾

ذكر في تنقيح الحامدية من كتاب الدعوى انه راى في فتاوى العلامة الحانوتي سؤالاً حاصله فيما يكتبه التجار على احمالهم من العلامة الدالة على اسم صاحبها هل تدل العلامة على ان الحمل ملك صاحب العلامة الجواب ان كان صاحب العلامة او وكيله واضع اليد على المحمول فلا كلام في ان وضع اليد دليل الملك بلا بينة ما لم يثبت بالبينة الشرعية خلافه وان لم يكن هناك وضع يدفالاصل ايضاً ان المحمول لصاحب الاسم حيث لم يثبت بالبينة الشرعية انها لغيره اه .

المادة ١٦٠٩ = اذا كتب احدٌ سنداً واستكتبه واعطاه لاحد ممضياً او مختوماً يكون معتبراً ومرعياً كتقريره الشفاهي لانه اقرار

بالكتابة ان كان مرسوماً يعني ان كان ذلك السند كتب موافقاً للرسم والعادة . والوثائق التي تعلم القبض المسماة بالوصول هي من هذا القبيل ايضاً ☼

ذكر في الدر وكذا في الملتقى والزيلعي من مسائل شتى آخر الكتاب ان الكتاب المستبين المرسوم وهو ان يكون معنوناً اي مصدراً بالعنوان وهو ان يكتب في صدره من فلان الى فلان على ما جرت به العادة فهذا كالنطق فلزم حجة اه

ونقل في تنقيح الحامدية عن فتاوي قارئ الهداية انه سئل عن شخص ادعى على شخص بحق واظهر خط يده بذلك وانكر المدعى عليه اجاب اذا كتب على رسم الصكوك يلزمه المال وهو ان يكتب يقول فلان بن فلان ان في ذمته لفلان بن فلان الفلاني كذا كذا فهو اقرار يلزم وان لم يكتب على هذا الرسم فالقول قوله مع يمينه اه .

ونقل في تكملة رد المحتار عن الرابع عشر من دعوى البزازية : ادعى المديون ان الداين كتب على قرطاس بخطه ان الدين الذي لي على فلان بن فلان ابرأته عنه « صح وسقط الدين لان الكتابة المرسومة المعنونة كالنطق به وان لم يكن كذلك لا يصح الابراء اه . لكن ذكر في الدر عن الخانية ما يخالفه وقال انه الصحيح . ثم عن شرح الوهبانية والملتقط ما يوافقه .

والحاصل كما في التنقيح ورد المحتار ان كلامهم قد اضطرب في مسئلة العمل بالخط ولعله مبني على اختلاف الرواية او ان فيه قولين والذي عليه عامة علمائنا المتأخرين انه لا يعمل بالخط الا في مسائل فانهم قد استثنوها من قاعدة انه لا يعمل بالخط . الاولى البرآآت السلطانية وقيودات الدفتر الخاقاني المعنون بالطغرة السلطانية وعليه مشت المجلة في المادة ١٧٣٧ . الثانية سجلات المحاكم السالمة من الفساد والحيلة المحفوظة وعليه مشت المجلة في المادتين ١٧٣٨ و ١٧٣٩ . الثالثة قيود دفاتر التجار كالبياع والصراف والسمسار وهو من يتوسط بين البايع والمشتري كما في

حاشية (ط) لا الدلائل - لكن انما يعمل بها فيما عليهم لا فيما لهم بشرط ان تكون مكتوبة بخط من عليه الدين سواء كانت في دفتره او في دفتر الداين على ما حققناه في شرح المادة السابقة وهي المادة (١٦٠٨) وقد مشت عليه المجلة في المادة المذكورة . قال في تنقيح الحامدية عازياً للمجتبى . واما خط البياع والصراف والسمسار ، فهو حجة وان لم يكن معنوناً ظاهراً بين الناس وكذلك ما يكتب الناس فيما بينهم يجب ان يكون حجة للعرف اه . ثم قال وبه جزم الجماعة المذكورون يعني البزازي والسرخسي وقاضيخان وايمة بلخ وكفى بالامام السرخسي وقاضيخان قدوة اه . الرابعة ما يكتبه الناس فيما بينهم من السندات والصكوك والوثائق والوصولات المسماة بالعلم والخبر والرسالات المسماة بالتحارير فانها معتبرة يعمل ما تضمنته من الاقرار اذا كانت هي او الامضاء تحتها بخط المقر او ختمه بشرط ان تكون مصدرة معنونة على الرسم العادة وعليه مشت المجلة في هذه المادة قال في رد المحتار

قلت والعادة اليوم في تصديرها بالعنوان ان يقال سبب تحريره هو انه ترتب في ذمة فلان ابن فلان لفلان ابن فلان كذا الخ . وكذا الوصول الذي يقال فيه وصل الينا من يد فلان الفلاني وكذا ما يكتبه الرجل في دفتره علم بيان الذي في ذمتنا لفلان الخ اه .

قلت والعادة في زماننا في نوع من السندات يسمى بالقامبيالة ان تصدر اولاً بذكر مبلغ بالرقم الدين الهندي ثم بذكره بالرقم الحرفي ويسمونه بالتفقيط ثم يكتب فيه من بعد مرور كذا شهراً ادفع انا الواضع اسمي فيه ادناه المبلغ المشروح اعلاه وقدره كذا لفلان الفلاني والقيمة وصلتني عداً ونقداً او ثمن كذا ثم يضع امضائه بالذيل ولا بد من ذكر التاريخ في اعلاه او في اسفله . واما العادة في تصدير الوصولات ان يذكر في اعلى الوصول وهو المسمى بالعلم والخبر مبلغ الدين الواصل للمقر بالرقم الهندي ثم بالرقم الحرفي المسمى بالتفقيط تحت الرقم الهندي ثم يقول وصلني المبلغ المرقوم اعلاه وقدره كذا الخ ، ثم يضع امضائه او ختمه . واما تصدير الرسالات والمكاتبات فبان يذكر في اعلاه اسم المرسل اليه بعد ذكر القاب تليق به ثم يكتب ما يرغب كتابته ثم يضع امضائه او ختمه المعروفين ولا بد من ذكر تاريخ الكتاب في اعلاه او في اسفله حتى اعتادوا ايضاً ذكر البلد الموجود فيها المرسل اليه

والبلد الموجود فيها المرسل فجميع ما ذكرناه من السندات والقامبيلات والتحارير يعني المراسلات والوصولات اذا كانت مصدرة معنونة على الوجه الذي بيناه موافقاً لما جرت به العادة اذا اعترف بانها خطه او ان الامضاء خطه او ان الختم ختمه ، يلزمه المال ولا يلتفت الى انكاره ان انكره . واذا لم تكن كذلك وقد انكر المال لا يلزمه وان اعترف بكونه كتبه بخطه لاحتمال انه كتب ذلك على سبيل التجربة ونحوها . اما دفتر البياع والصراف والسمسار فلا يشترط فيه ان يكون معنوناً مصدراً كما تقدم عن المجتبي وغيره

❊ تنبيه ❊

المراد من قوله في هذه المادة او استكتبه ان يكتب السند غيره بلا امره ثم يمضيه بخطه او يختمه بختمه فيكون الامضاء او الختم هو المرعي المعتبر كتقريره الشفاهي وانما قلنا هذا لما قدمناه في شرح المادة (١٦٠٧) عن الدرر والدر وغيرهما من ان الامر بكتابة الاقرار اقرار باللسان حكماً سواء كتب المأمور او لم يكتب فتفطن .

المادة ١٦١٠ = ❊ اذا انكر من كتب سنداً او استكتبه واعطاه ممضياً او مختوماً الدين الذي حواه فلا يعتبر انكاره ويلزم عليه اداء ذلك الدين واما اذا انكر كون السند له فلا يعتبر انكاره ان كان خطه او ختمه مشهوراً ومتعارفاً ويعمل بذلك السند وان لم يكن خطه او ختمه معروفين يستكتب ذلك المنكر ويعرض على اهل الخبرة فان اخبروا بانها كتابة شخص واحد يجبر ذلك على اعطاء الدين المذكور والحاصل انه يعمل بالسند ان كان بريئاً من شائبة التزوير وشبهة التصنيع . واما اذا لم يكن السند بريئاً من الشبهة وانكر المديون

كون السند له وانكر اصل الدين ايضاً فيحلف بطلب المدعي على ان السند ليس له وانه ليس بمديون للمدعي ٭

قد تضمنت هذه المادة احكاماً منها ان من كان مقراً بكتابة السند المصدر المرسوم على ما بيناه في المادة السابقة انها خطه اذا انكر الدين بان قال الخط خطي وليس المال علي لا يعتبر انكاره وهذا لان اقراره بكون المكتوب بالسند خطه ، اقرار بالمال على ما مشت عليه المجلة . ثم هل يحلف الدائن المقر له ان المقر لم يكن كاذباً فيما اقر به كتابةً ، او لا يحلف سكتت هذه المادة عن بيانه . وقد نقل في تنقيح الحامدية عن فتاوي قارىء الهداية انه اجاب عن سوءال بانه اذا اعترف انه خطه وانكر ما كتب فيه حلف المقر له ان المقر به قبضه المقر وقضي له وان لم يحلف لا يقضى له اه . وهو كلام وجيه لانه يلزم من الاقرار بالخط مع انكار المال ادعاء انه كان كاذباً فيما كتبه وقد تقدم المادة (١٥٨٩) انه اذا اعطى سنداً لآخر محرراً فيه اني قد استقرضت كذا دراهم من فلان ، ثم قال : وان كنت اعطيت هذا السند لكنني ما اخذت المبلغ المذكور منه يحلف المقر له على عدم كون المقر كاذباً في اقراره هذا اه .

ولا يخالفه قولهم ان السند اذا كان مصدراً معنوناً فهو حجة ملزمة كالنطق ، لان المشبه به وهو النطق الصريح لو ادعى المقر انه كاذباً فيه يحلف المقر له انه ما كان كاذباً فيه كما صرحت به المادة المذكورة وبهذا تعلم سقوط ما كتبه الشارح اللبناني على هذه الفقرة من هذه المادة ولعل السكوت عن مسئلة التحليف هنا للاكتفاء بذكره في المادة السابقة على ان التحليف انما يجب بطلب الخصم كما سيأتي في القضاء فافهم

ومنها ان انكار كون الخط خطه او الختم ختمه غير معتبر اذا كانا مشهورين متعارفين حتى ان المقر له لا يكلف الى اثبات ذلك على الوجه الذي يأتي بيانه قريباً .

والظاهر ان المراد بالشهرة والتعارف ان تكون بين جميع من يعامله من معارفه

وأهل صنعته بحيث ان كل واحد من هؤلاء متى رأى السند او الامضاء أو الختم يقول ان هذا خط فلان او ختمه فانه بهذا القدر تعلم براءة السند من شائبة التزوير وشبهة التصنيع – بخلاف ما اذا اختلفوا . وما زعمه الشارح اللبناني من ان طريقة التعارف والشهرة ان يشهد به جماعة لا يتصور اتفاقهم على الكذب تطبيقاً على المادة (١٧٣٥) ففيه تضييق للحلقة فان التواتر الذي هو موضوع تلك المادة ما افاد العلم الضروري الذي يستحيل خلافه وما نحن فيه يكفي فيه مطلق العلم ، ولو امكن خلافه لانه لو شهد اثنان عدلان بانهما عاينا كتابته لهذا الصك المعنون المصدر المرسوم عالمين بما كتب فيه فالظاهر انه تقبل شهادتهما ويحكم عليه بانه خطه لما قدمناه في شرح المادة (١٦٠٦) عن الهندية معزياً للمحيط وكذا للمبسوط والخانية من انه يحل لمن عاين كتابة الرسالة المصدرة المرسومة ان يشهد على كاتبها بما تضمنته من الاقرار بالمال بشرط ان يعلم الشاهد ما كتب فيها واذا حل للشاهد ان يشهد بالاقرار بالمال ، فلان يحل له ان يشهد انه عاين كتابته اولى وقد صرحوا ان الثابت لدى القاضي بالبينة كالثابت عياناً ولا شك انه لو عاين القاضي كتابته المعنونة المرسومة يحكم عليه بما اقر به كتابة فكذا لو ثبت كتابته بالبينة الشرعية ولانه قد انكر خطه بيده فعلى مدعيه اثباته بالبينة الشرعية . ويؤيده ما نقله في تنقيح الحامدية عن قارئ الهداية انه سئل عن شخص ادعى على شخص بحق واظهر خط يده بذلك وانكر المدعى عليه يحلفه القاضي انها ليست خطه ام على عدم الاستحقاق او يستكتبه القاضي اجاب يستكتبه القاضي فاذا كتب وقال اهل الخبرة هما خط واحد لزمه الحق اه المقصود . ثم رايت في فتاوي الانقروي التصريح بذلك ونصه فان جحد الكتاب فبرهن عليه انه كتبه او املاه جاز كما لو ادعى اقراره وجحد بخلاف الحدود والقصاص فان المرسوم فيه كغير المرسوم لا يكون حجة بزازية في اوايل الشهادات اه

وفي هامش الانقروي وذكر القاضي الامام المعروف بالصاعدي اذا كتب خطاً بدين باسم رجل يحكم به عليه اذا كتب على الوجه الذي مثله حجة بين الناس ولو انكر انه خطه يستحلف عليه ولو نكل عن اليمين يحكم به عليه وذكر الاسبيجابي ما يؤيد قول الامام الصاعدي كذا في الثالث من اقرار جواهر

الفتاوى بنوع تلخيص اه . نعم لو لم يعاين الشاهدان كتابته بيده بل شهدا انه مشابه لما يعهدونه من خطه فشهادة الاثنين حينئذٍ لا تكون كافية بل لا بد من شهادة كثير من اهل معاملته ومعارفه بحيث يحصل للقاضي العلم ببرائة السند عن شايبة التزوير وشبهة التصنيع وهذا لان مبنى شهادتهم حينئذٍ على الظن لا على العلم هذا غاية ما تحرر لي في هذا المقام فتأمله .

ومنها انه اذا لم يكن خطه معروفاً ومشهوراً وقد انكره فطريق ثبوت انه خطه ان يامره القاضي بان يكتب على قرطاس ثم يعرض السند والقرطاس على اهل الخبرة بالخطوط وهم حذاق الكتبة فاذا قالوا جميعاً انها خط شخص واحد يحكم عليه القاضي بانه خطه ولا يلتفت الى انكاره . وهذا لانه بهذا القدر يحصل العلم ببرائة السند من شائبة التزوير وشبهة التصنيع وانت تعلم ان هذا الطريق اعني طريق الاستكتاب لا يثبت به العلم الضروري الذي يستحيل خلافه فهو مؤيد لما ذكرناه آنفاً فلا تغفل . ثم لا يذهب عليك ان هذا الطريق غير متعين على القاضي بحيث لا يقبل اثبات كون السند خط المنكر بخلافه لانه لو اقام المقر له شاهدين على انهما عاينا كتابته بيده تقبل شهادتهما ويحكم بها كما حققناه آنفاً — وكذا لو استحلفه المقر له على انه ليس خط يده فنكل عن اليمين كما تقدم عن فتاوى قارئ الهداية . وتخصيص الشيء بالذكر ، لا ينفي الحكم عما عداه . ولعل التنصيص على طريق الاستكتاب لافادة ان جمعية المجلة قد جزمت بالاخذ به وان كان الصحيح خلافه على ما ذكره في الدر متناً وشرحاً من كتاب الشهادات مراعاة لاحوال الزمان ولان معاينة الشهود كتابة المقر لهذا السند المحفوظ عند المقر له قل ان تقع فيندر جداً ثبوت ذلك بالشهادة فيلزم على عدم اعتبار طريق الاستكتاب ضياع حقوق كثيرة للناس — لا سيما والعرف الآن جار بين التجار على اعتباره حتى انهم يعتبرون الخطوط والمشابهة بينها اكثر من اعتبارهم الشهادة على المعاينة فلا جرم انه صدر الامر السلطاني بالعمل بهذا الطريق اي طريق الاستكتاب فوجب على القاضي ان يعتبره ويحكم بموجبه

بقي شيء وهو ما لو استكتبه القاضي فلم يكتب او كان غائباً او ميتاً او المنكر هو او وكيله او وارثه ولا شك ان القاضي ينظر الى كتابة كاغد اتفق

المتداعيان على انها خط من عليه السند ويعطيه مع السند الى أهل الخبرة ليميزاها هل هما خط كاتب واحد او لا وفي المادة (٩٩) من قانون المحاكمات الحقوقية توضيح لهذه المسئلة باوسع مما هنا على ان طريقة الاستكتاب المذكورة لا تتصور فيما اذا انكر كون الختم ختمه لان اصل الختم هو حفر غيره لا حفره ولو طلب القاضي ختمه ليطبق عليه ربما يظهر ختماً آخر او ينكره او يدعي ضياعه فلا يتصور الوصول الى ما يزيل شائبة التزوير وشبهة التصنيع الذي عليه المدار كما استفيد من قوله والحاصل الا بمقابلة ختم السند على ختم له على قرطاس آخر قد اتفق المتداعيان على انه ختمه ، وفي النفس من هذا شيء يعلم مما كتبناه آخر شرح المادة (١٦٠٧) . ومنها انه اذا لم يثبت كون الخط خطه باحد الوجوه المارة ، مع كونه منكراً الخط والدين فالقاضي يحلفه بطلب الخصم على الامرين معاً حتى لو حلف على احدهما فقط ونكل عن اليمين على الاخر يحكم عليه بالدين لان النكول اقرار ، واي الامرين اقر به لزمه المال كما تقدم . وهذا اذا كان مصدراً معنوناً على الرسم والعادة كما هو موضوع المسئلة ، والا فان نكل عن اليمين على الخط فقط لا يلزمه المال لانه لو اقر والحالة هذه صريحاً انه خطه لا يلزمه شيء كما عرفت مما تقدم

المادة ١٦١١ - ❋ اذا اعطى احد سنداً عليه بدين حال كونه مرسوماً ثم توفي يلزم ورثته بايفائه من التركة ان كانوا معترفين بكون السند للمتوفي . واما اذا كانوا منكرين ذلك فلا يعمل بذلك السند الا اذا كان خطه وختمه معروفين ❋

فيعمل به وان كان الوارث صغيراً او مجنوناً لانه حينئذ يكون حجة ملزمة كما تقدم ، والوارث قائم مقام مورثه ثم لو لم يكن خط الميت وختمه معروفين وفي الورثة بالغ وصغير فاقر البالغ بانه خط الميت . وكذا لو كانوا بالغين فاقر بعضهم بذلك دون الباقين فالاقرار ينفذ على المقر فقط لانه حجة قاصرة فلا يتجاوز المقر

كما تقدم في المادة (٧٨) فيلزمه من الدين مقدار ما يصيب حصته منه لا من التركة على ماصرحت به المادة (١٦٤٢) الآتية اخذاً بما قاله الفقيه ابو الليث فافهم ولو ان هذا المقر شهد مع رجل آخر انهما عاينا كتابة الميت لهذا السند فالظاهر انها تقبل كما لو شهدا على الميت بذلك الدين على ما يأتي بيانه

المادة ١٦١٢ ـ ✻ اذا ظهر كيس مملوء بالنقود في تركة احد محرر عليه بخط الميت ان هـذا الكيس مال فلان وهو عندي امانة ياخذه ذلك الرجل من التركة ولا يحتاج الى الاثبات بوجه آخر ✻

عبارة رد المحتار من باب كتاب القاضي الى القاضي ومثله اي مثل الصك المرسوم ودفتر البياع ونحوه ، ما اذا وجد في صندوقه مثلاً صرة دراهم مكتوب عليها هذه امانة فلان الفلاني فان العادة تشهد بانه لا يكتب بخطه ذلك على دراهمه اه

✻ مسائل شتى من كتاب الاقرار ✻

رجل مات وعليه دين لرجل فقال الداين قبضت منه في صحته الالف التي كانت لي عليه وقال غرماء الميت لا بل قبضت في مرضه الذي مات فيه ولنا حق المشاركة فيما قبضت منه ، قالوا ان كانت الالف المقبوضة قائمة شاركوه فيها لان الاخذ حادث فيحال الى اقرب اوقاته وهو حالة المرض وان كانت الالف المقبوضة هالكة ، لا شيء لغرماء الميت قبله لانه انما يصرف الى اقرب الاوقات بنوع ظاهر يصلح للدفع لا لايجاب الضمان فحال قيام الالف هو يدعي لنفسه سلامة المقبوض والغرماء ينكرون ذلك وقد اجمعوا على ان المقبوض كان ملكاً للميت فيصلح الظاهر شاهداً لهم وبعد هلاك المقبوض حاجة الغرماء الى ايجاب

الضمان فلا يصلح الظاهر شاهداً لهم خانية . اذا قال لغيره لي عليك الف درهم فقال اما خمسماية منها فلا ، او قال اما خمسماية منها فلا اعرفها فقد اقر بخمسماية ولو لم يقل منها والمسئلة بحالها فهذا ليس باقرار هندية . وفيها قال لي عليك الف فقال الحق او الصدق او اليقين او قال حقاً او صدقاً او يقيناً او قال الحق الحق او الصدق الصدق او اليقين اليقين او حقاً حقاً او صدقاً صدقاً او يقيناً يقيناً او قال البر الحق او الحق البر الخ ، فهو اقرار ولو قال الحق حق الخ ، وكذا لفظ البر مفرداً او مكرراً غير منضم الى الحق واليقين او الصدق لا يكون اقراراً اه

رجل قال قبضت من بيت فلان ماية درهم . ثم قال هي لي او هي لفلان آخر فانه يقضي بالماية لصاحب البيت ويغرم المقر مثله للذي اقر انها له . واقراره باخذ الماية من بيته ، بمنزلة قوله غصبت منه او اخذت . وكذا لو قال قبضت من صندوق فلان او من كيسه الف درهم او من سفط فلان ثوباً او من قرية فلان كر حنطة او من نخل فلان كر تمر او من زرع فلان كر حنطة كل ذلك بمنزلة الاقرار بالقبض من يده . ولو قال قبضت من ارض فلان عدل زطي ، يقضي بالزطي اي نقط لفلان . ولو قال اخذت من دار فلان الف درهم كنت ساكناً فيها او كانت الدار في يدي باجارة لا يصدق وان اقام البينة ان الدار كانت في يده برئ من الضمان (خانية)

رجل اقر على نفسه بماية درهم واشهد شاهدين ثم اقر له بماية درهم في موطن آخر واشهد شاهدين فقال المقر هي ماية واحدة وقال الطالب هي مايتان فهذه المسئلة على وجوه — اما ان يضيف اقراره الى سبب والسبب واحد او مختلف اولا يضيف الى سبب فان اضاف الى سبب بان قال له علي الف درهم ثمن هذا العبد ثم اقر بعد ذلك في ذلك المجلس او في مجلس آخر ان عليه لفلان الف درهم ثمن هذا العبد والعبد واحد ففي هذا الوجه لا يلزمه الا مال واحد على كل حال في قولهم جميعاً . وان كان السبب مختلفاً بان قال لفلان علي الف درهم ثمن هذه الجارية ثم قال له علي الف درهم ثمن هذا العبد ففي هذا الوجه يلزمه المالان في قولهم سواء اقر بذلك في موطن واحد او في موطنين . وان لم يضف الاقرار الى سبب لكن عقد على نفسه بالمال صكاً فان كان الصك واحداً كان المال واحداً

عند الكل وان عقد على نفسه صكين كل صك بالف درهم واشهد على ذلك لزمه المالان في كل حال واختلاف الصك يكون بمنزلة اختلاف السبب . وان لم يعقد صكاً ولكنه اقر مطلقاً فان كان اقراره الاول عند غير القاضي بحضرة شاهدين واقراره الثاني عند القاضي يلزمه مال واحد وكذا ان اقر اولاً عند القاضي ثم اقر في مجلس آخر عند غير القاضي . وكذا لو اقر اولاً عند القاضي بالف واثبت القاضي ذلك في ديوانه ثم اعاده الى القاضي في مجلس آخر فاقر بالف وادعى الطالب مالين والمطلوب يدعي انه مال واحد كان القول قول المطلوب . وان كان الاقراران عند غير القاضي او كان الاقرار الاول عند القاضي والثاني عند غيره فان كان اشهد على كل اقرار شاهداً واحداً فالمال واحد عند الكل كان ذلك في موطن او موطنين وان اشهد على اقراره الاول شاهداً واحداً وعلى الثاني شاهدين او اكثر في مجلس آخر على قول ابي يوسف ومحمد ، يكون المال واحداً واختلف المشايخ في قول ابي حنيفة والظاهر ان عنده يكون المال واحداً ايضاً . وان اشهد على اقراره الاول شاهدين وعلى اقراره الثاني في موطن آخر شاهدين فعندهما المال واحد سواء اشهد على الاقرار الثاني الشاهدين الاولين او غيرهما . وعند ابي حنيفة ان اشهد الشاهدين الاولين فالمال واحد وان اشهد غيرهما يلزمه المالان في ظاهر الرواية هكذا ذكر الخصاف وذكر الجصاص على عكس هذا . وان كان الاقرار في موطن واحد فعندهما يكون المال واحداً بكل حال . واما عند ابي حنيفة : اذا اشهد على الاقرار الاول شاهدين ثم اشهد على الاقرار الثاني شاهداً واحداً او اكثر فالقياس على قوله ان يكون المال مثنى واستحسن وقال المال واحد واليه ذهب الامام السرخسي . وان جاء بشاهدين على اقراره بالف ثم جاء بشاهدين اخرين على اقراره بالف ولا يدري ان ذلك في موطن او في موطنين ونسي الشهود ذلك ، فهما مالان — الا ان يعلم انه كان في موطن واحد هندية وتمامه فيها

وفي الخانية لو اقر المريض ان لفلان قبله حقاً فصدقوه بما قال ، ثم مات المريض قال ابو حنيفة يصدق الطالب ما بينه وبين الثلث واستحسن ذلك فان ادعى اكثر من ذلك حلف الورثة على علمهم اذا حلفوا اخذ الثلث فان اقر المريض بدين

المسمى مع ذلك ، كان الدين المسمى اولى بما ترك كله ولو لم يقر بدين واوصى بثلث ماله لرجل فالوصية المسماة اولى ويقال للورثة اقروا له بالثلثين بما شئتم ويقال للموصى له بالثلث اقر له في الثلث بما شئت فاي الفريقين اقر بشيء يؤخذ به ويحلف على الباقي اه

باع الوصي مالاً للورثة فاشهد انه استوفى جميع ثمنه وهو ماية فقال المشتري بل كان ماية وخمسين فالقول للوصي ولا يضمن الغريم ولا الوصي شيئاً . ولو اقر الوصي انه استوفى ماية وهو جميع الثمن وقال المشتري الثمن ماية وخمسون فالوصي قبض الخمسين الفضل منه . و كذلك لو باع مال نفسه : ولو اقر الوصي انه استوفى جميع ما للميت على فلان وهو ماية درهم فقامت البينة انه كان له عليه مايتا درهم فان الغريم يؤخذ بالماية الفاضلة ولا يصدق الوصي على ابطاله . واذا اقر الوصي انه قبض كل دين لفلان الميت على الناس فجاء غريم للميت فقال دفعت اليك كذا . وقال الوصي ما قبضت منك شيئاً وما علمت ان للميت عليك شيئاً ، فالقول قول الوصي ويؤخذ الغريم بذلك ولو قامت البينة على اصل هذا الدين لم يلزم الوصي منه شيء ، لانه لم يقر بقبض شيء من رجل بعينه . و كذلك لو قال قبضت كل دين لفلان في الكوفة و كذلك الوكيل بالقبض . ولو اقر الوصي انه استوفى ما لفلان الميت على الناس من دين استوفاه من فلان ابن فلان . وقامت البينة ان للميت على رجل الف درهم فقال الوصي ليس هذا فيما قبضت فانه يلزم الوصي اذا اقر الوصي انه استوفى ما على فلان من دين للميت وقال الغريم كان له علي الف درهم وقال الوصي نعم ولكنك اعطيت خمسماية في حياته للميت وخمسماية دفعتها الي بعد موته وقال الغريم بل دفعت الكل اليك ، يضمن الوصي الف درهم ولكن تستحلف الورثة على دعواه كذا في الباب العشرين من كتاب الاقرار من الهندية وتمامه فيها

الاصل انه متى ذكر مقداراً واضاف الى صنفين من المال يجب من كل واحد منهما لانه اضاف المقدار اليهما بالسوية فيوزع عليهما بالسوية كما لو اضاف الى رجلين بالسوية كان بينهما بالسوية . والمساواة في الاضافة تقتضي التوزيع على سبيل السوية . لو قال استودعني عشرة اثواب هروية ومروية كان من كل واحد

النصف . اذا قال لفلان علي مايتا مثقال ذهباً وفضة فان عليه من كل واحد النصف وليس للمقر ان يجعل الفضة اكثر والقول قوله في الجيد من ذلك والردي . اذا قال لفلان عندي الف درهم قرضاً ووديعة ، فهو ضامن لنصفها قرضاً والنصف الآخر وديعة . وكذلك لو قال له قبلي الف درهم مضاربة وقرضاً فان وصل الكلام فقال ثلاثماية منها قرض وسبعماية مضاربة كان القول قوله وان فصل الكلام كان عليه من كل واحد النصف هندية من متفرقات الاقرار وتمامه فيها .

رجل وقف ضيعة له وكتب صكاً واشهد الشهود على ما في الصك ثم قال الواقف اني وقفت على ان بيعى فيه جايز الا ان الكاتب لم يكتب ذلك الشرط ولم اعلم بالذي كتب في الصك قال الفقيه ابو بكر البلخي : ان كان الواقف رجلاً فصيحاً يحسن العربية فقرئ عليه الصك فاقر بجميع ما فيه ، فالوقف صحيح كما كتب ولا يقبل قوله ، وان كان الواقف اعجمياً لا يفهم العربية ولم يشهد الشهود على تفسيره فالقول قول الواقف اني لم اعلم ما في الصك واشهدت الشهود على ما فيه من غير ان اعلم ما فيه . وان قال الشهود قرئ عليه الكتاب بالفارسية فاقر به واشهدنا عليه لا يقبل قوله وهذا لا يختص بالوقف بل البيع وسائر التصرفات تكون كذلك (خانية)

لو اقر ان فلاناً وارثي وللمقر ابن فمات الابن ثم مات المقر ولا وارث ، فكل ماله للمقر له بحكم الوصية لان قوله ذلك وصية — حتى لو قال هو قريبي ومات المقر وترك امرأة فلها الربع والباقي للمقر له . اقر رجل له ابن ان فلاناً اخي لا يعتبر اقراره في حق اثبات النسب ، فلو مات ابنه ثم مات المقر فجميع ماله للمقر له لرضاه بان يأخذ هو ماله ، فصار كموصى له بجميع المال وليس شرط صرف المال الى المقر له ان يكون اقراره في حال عدم الوارث . ولكن في اي حالة اقر ومات ولم يبق له وارث يكون ذلك للمقر له ولو كان المقر له معروف النسب فقال المقر هذا ابن اخي او ابن عمي ومات ولا وارث . فكذا الجواب لما مرَّ من رضاه فيصير في معنى الوصية . كذا في اواخر الفصل العاشر من الفصولين واستغفر الله العظيم .

انتهى الجزء الرابع من شرح المجلة ويليه الجزء الخامس

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٧	٦	بها	بهما
٩	٧	الوصي	الوصية
١٣	١٧	ولا يرضى بالسكنى	ولا يرضى عمرو بالسكنى
١٨	٠٨	فالضمان	فبالضمان
١٨	١٣	البستانى	لبستاني
١٨	٢٣	يكون	كون
١٩	١١	الماد	المادة
٢٣	٠٩	في الخدم	وكذا في الخادم
٢٨	٠١	الشترك	المشترك
٣٢	٠٣	المستعرض	المستقرض
٣٢	١٤	حصة	حصته
٣٤	٢٢	لا يكون	ولا يكون
٣٦	١٩	حصة	حصته
٣٨	١٦	واشترى	او اشترى
٤٠	١٦	فداء	فداء
٤٣	٠٣	المديون المشترك	المديون بمقابلة حصته من الدين المشترك هذا النقص في عبارة المادة ١٦٠٧
٤٤	٠٧	الا هذا العترر	الى هذا القدر
٥١	١٢	ثلاثة عشرة عشرة	ثلاثة عشر ويقال (هذا متن المجلة)
٥١	١٢	ثلاثة عشرة عشرة	ثلاثة عشر
٥١	١٢	ويقال له	ويقال لها
٥٣	١١	يصل الغائب	نصيب الغائب
٥٣	١٣	من جهة	من جهته

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٥٤	١٨	بحصبة	بحصته
٥٦	١٤	قيمة	قيمية متن المادة ١١١٩
٥٧	٠٣	يجعله	بجعله
٦١	٠٣	من قوله والباقي مشترك	الى ما قبل قوله حاصل هذه المسائل متن المادة ١١٢٥ مكتوبة مع الشرح غلطا يلزم التنبه له
٦٤	٠٥	الاثيري القاضي	الا يرى ان القاضي
٦٤	٢٤	العائبي	الغائب
٦٥	٢١	المورث	المو روث
٦٨	٠٤	بالاستفاء	بالاستيفاء
٦٨	٠٩	بالاستيقاء	بالاستيفاء
٦٨	١٠	تخالفا	تحالفا
٧٩	٠٩	مخطلطين	مختلطين
٩٢	١٧	الدرهم	الدراهم
٩٦	١٤	ثم الذي يليه بالثالث	ثم الذى يليه بالثاني ثم الذى يليه بالثالث
٩٧	٠٨	لانهم	لا نها
٩٧	٠٩	ذلك الفدن	ذلك على الفدن
٩٩	٠٦	الشروط	الشرط (متن المجلة)
١٠٠	٠٩	غيرهما	غيرها
١٠٦	٠٣	نصيبه	نصيبهم
١٠٧	١٣	يطلبوا	هذه عبارة الهندية من الباب الثاني في قسمة التركة : (ميراث بين قوم الخ) وان تكن بلفظ (يطلبوا القسمة

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
			فالظاهر من سوق كلامها (ان يبطلوا القسمة ولفظ (يطلبوا) من غلط الطبع فتدبر
١٠٧			(الفصل الثامن) في بيان احكام القسمة
١١٣	١٦	وراثه	وراءه
١١٤	١٠	او عرصة	وعرصة
١١٥	٠٧	الدار	الدر
١١٥	١١	لفظ عينا مطموسة	عيناً
١١٥	١٩	لا تخلوا	لا تخلو
١١٥	١٧	اي ان شرط الخ	ان قوله اي شرطـا الخ ان تكون من عبارة الشرح لا المجلة
١٢٥	٠٤	لسكنى الدار	كسكني الدار
١٢٥	١٤	الاستيفاء	الاستثناء
١٢٥	١٧	في غاة عبداً	في غلة عبدٍ
١٣٣	٠٧	بصارة	بَصارة
١٤٦	١٢	خشب	بالخشب
١٦٠	٠٢	وبينها	وبينما
١٦١	١٧	على	عن الطريق
١٦٣	١٣	بخلاف الدار السادسه التي في الركن الثاني من المتشعبة الغير نافذة	من المتشعبة الثانية النافذة هذا تصحيح الغلط وما جاء به الطبع من قوله صوابه فهي زيادة من الطبع ليست في نسخة المؤلف وان كانت صوابا

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
١٦٦	١٢	عن عن م ر ح	وعن عن م ر ح
١٦٩	٠١	الدرعان	بالذرعان
١٧٦	٦	للشفعة	للشفة
١٧٧	٢	مملوكه	مملوكة
١٧٨	٨	لاحدهما	لاحدها
١٨٣	١	كات	كانت
١٨٦	٦	الشفعة	الشفة
١٨٦	٧	تكبس	تكنس
١٨٩	٧	ما يزيد	ما يريد
٢٠٧	١	فساقها	فسقاها
٢١٤	٨	ملصخا	ملخصا
٢١٥	١	الحاضر	الحافر
٢٢٣	٥	بيتته	بينته
٢٣٣	٢١	بياه	بيانه
٢٣٣	٢٠	المفق	المنفق
٢٣٧	١١	افعك	لنفعك
٢٣٨	٢٢	مطلما	مطلقاً
٢٣٩	١٣	الحموله	الحمولة
٢٤٥	٩	والاصطلاح	والاصلاح متن المجلة
٢٥٥	٧	في كلما	في كل ما
٢٥٩	٧	اذ	اذا
٢٦٨	١٥	منطوف	منطوق
٢٦٩	٢٠	اعمل	العمل
٢٧٧	١٤	بولاية	الا بولاية
٢٧٧	٢١	فيطاب مطموسه	فيطلب

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٢٨٠	٢٠	تبرع ابتداء وانتهاء	تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء
٢٨١	١٥	يخاف للآخر	يحلف الآخر
٢٨٩	٠٩	مطموسة	فتكون
٢٨٩	١٢	تعداد	او تعداد متن المجلة
٣٠٠	١٣	مال نفسه	من مال نفسه
٣٠٣	١٤	وكذا فيما هو من تجارتها فالربح له خاصة	وكذا فيما هو من تجارتها اذ كان بحضرة صاحبه
٣٠٨	٠٥	ولا يكون	لايكون
٣١٥	١٨	او تغيب	او تعيّب
٣٢٣	٠٨	الشريكين ؛ فيه	الشريكين فيه ، تعلم
٣٢٦	٠٥	فاسع او اعمل	فاسع واعمل
٣٣١	٢٣	ولا دلالة	ولا دلالته
٣٣٦	١٥	مضمونا الى ان يقرضه	مضمونا ان يقرضه
٣٤٠	١٠	فاصدين	فاسدين
٣٥٣	٠٦	الاصلي	الاصلية
٣٧٦	٠٢	محلاة	مخلاة
٣٩٣	٠٢	المالمة	المعاملة
٣٩٣	٠٤	المزارعـة	المعاملة
٤٢٥	٢١	يضمه	يضفه
٤٣١	٠٥	على بائعه زيد بالف	على بائعه زيدبالف ومائة
٤٣١	٠٥	ورجع زيد باعـه	ورجع زيد بائعه
٤٣٥	٠٦	تاه	اتاه
٤٣٥	٢٤	كلحال	كل حال
٤٣٨	٠٦	واما ما يحتاج	واما مالا يحتاج
٤٥٦	٠٤	يحصها	يخصها

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٤٥٦	١٨	الموكل به بشرائه	الموكل به متن المجلة
٤٥٨	٢٢	حاز	جاز
٤٦٩	٠٥	ان يشتريه	او يشتريه
٤٦٩	٢٣	عبد	فرس
٤٦٩	٢٥	عبد	فرس
٤٧٣	٠٢	لان كل الواحد	لان الواحد
٤٧٤	٠٥	بتزوج	بتزويج
٤٧٤	٢٢	مطموسة	هذا اذا اضاف
٤٧٥	١٢	المشتري	المشترَى
٤٧٩	٠٢	فقبضه	وقبضه متن المجلة
٤٩٢	١٦	ولئن توى	وان نوى
٤٩٢	١٧	ليس سبباً	ليس مسبباً
٤٩٤	٢٢	تقة	ثقة
٤٩٦	٠٥	وما	واما
٤٩٨	١٤	يقبل	يقيل (متن المجلة)
٤٩٩	٢٥	قال	اقال
٥٠٠	٠٣	بينهما	بينها
٥٠٣	٠٣	اذا ادعى	اذا ادى
٥٠٣	٢٠	مطموسة	فدفع
٥١١	١٤	بل يضره ولا يجب	بل يضره لا يجب
٥٢٨	٠١	اليضا	ايضا
٥٤٤	٠٩	اضافه	اضافة
٥٥١	٢٠	ان قيميا	ان يكون قيميا
٥٥٢	٠١	شيء	بشيء

صحيفة	سطر	خطأ	صواب
٥٦٢	٠٨	قال في رد المحتار بعد هذا قلت ويظهر الخ	الصواب اتصال الكلام ببعضه وعدم الفصل بخط على حدة لان قوله قلت مقول القول لقوله قال في رد المحتار
٥٦٣	٠٤	اي في زماننا	امـا في زمـاننا
٥٦٧	٢٢	اطبقو	اطبقوا
٥٧٠	٠٦	قر	اقر
٥٧٨	١٤	وكفل رجل للمشتري بذلك عنه رهنا	وكفل رجل للمشتري الدرك فاخذ المشتري بذلك رهنا
٥٧٨	٢١	بيته	بينته
٥٩١	١٦	صريح	صحيح
٥٩٢	٠٤	تركة	تركته متن المجلة
٥٩٣	٠٩	ولم	او لم
٥٩٧	٢٥	فصالح المدعى عليه الحاضر	فصالح المدَعي الحاضرُ
٥٩٨	٠٤	مسلم	يسلم
٥٩٩	٠٤	المتعلة	المتعلقة متن المجلة
٦١٣	١٨	مطموسه	نسيه
٦١٣	١٨	وديعة فلان ليست	وديعة فلان لابل وديعة فلان ليست
٦١٥	١٤	او اشترى من فلان كذا شيئا	او اشترى من فلان كذا بشيء
٦١٥	١٥	كذا شيء	كذا بشيء
٦١٨	٠٥	لكذا كذا كذا	لكذا كذا
٦٢٠	٠٧	عـدد	عـود
٦٢١	١٧	باعينه	باعنيه
٦٢٣	١٣	لايكون بدون اليد	والايداع

صوا ب	خطأ	سطر	صحيفة
جهته	جهة	١٥	٦٢٣
الآخر متن المجلة	لآخر	٠٥	٦٢٥
بحصة متن المجلة	بحصته	١٩	٦٣٣
للمقر له بالمقر بـه	للمقر بالمقر بـه	٠٨	٦٣٧
بـل لعمرو بل لبـكر	بل لعمرو وبل لبـكر	١٦	٦٣٨
ويطرح	وبظرح	٢٥	٦٤١
فكلهـا	فلكها	١٢	٦٤٢
كان كاذبا	كاذبا	٢٠	٦٥٠
مضافـاً	مضاف	١١	٦٥٤
يبقى من الثلث	يبقى الثلث	١٤	٦٦٢
بكونه متن المجلة	لكونـه	١٩	٦٦٣
او يكون	او بكون	١١	٦٧٠
لها	لهما	١٦	٦٧٣
اقر	اقرض	٠١	٦٧٦
الورثـة	الغرماء	٠٤	٦٧٦
بمـا شئت	وبمـا شئت	١٥	٦٨٧
والمنكر	او المنكر	٢٥	٦٩٩
في الثلثين	بالثلثين	٠٢	٧٠٤
٠ اذا	اذا	٠٣	٧٠٤

فهرس الجزء الرابع

صحيفة

صحيفة

صحيفة

المقـدمـة

(في الاصطلاحات الفقهيه المتعلقة بالوكالة)

صحيفة

صحيفة

صحيفة

صحيفة